قوت المحتاج في شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

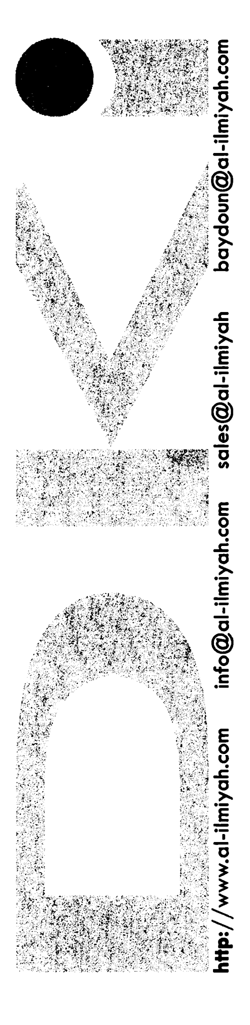
تحقيق

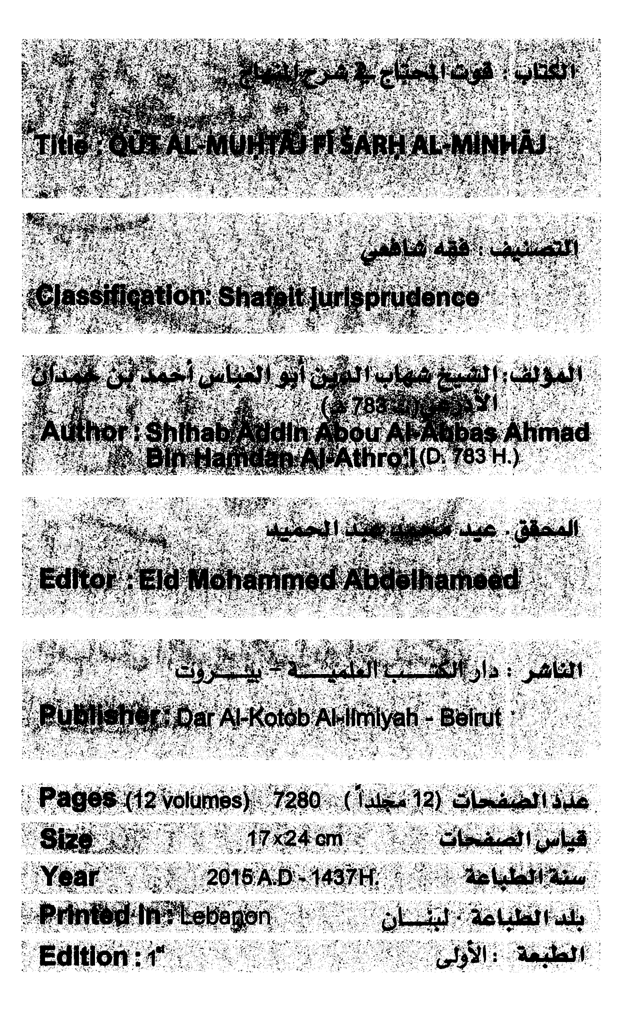
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الثالث

الشركة - الوكالة - الإقرار -
العارية - الغصب - الشفعة - القراض -
المساقاة - الإجارة - إحياء الموات







الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QUT AL-MUHTAJ FI SARH AL-MINHAJ

التصنيف : فقه شافعي

Classification: Shafeit jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق : عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

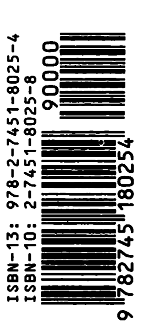
Pages (12 volumes)	7280	عدد الصفحات (12 مجلداً)
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D - 1437H.	سنة الطباعة
Printed in : Lebanon		بلد الطباعة : لبنان
Edition : 1st		الطبعة : الأولى

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢+
فاكس: ٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠


ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الشَّركة

قال المصنف: [هِيَ أَنْوَاعُ شَرِكَةِ الْأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الْحَمَّالِينَ، وَسَائِرِ الْمُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافِهَا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الشَّركة

قال الشارح: لغات إحداها: كسر الشين وإسكان الراء، وبها أجاب الشيخ في «تحريره»[1] وثانيها: فتح الشين وكسر الراء ذكرها جماعة، وثالثها: فتح الشين وسكون الراء، وهي عربية ويقال: شركة بغير ما ثبت.

وهي في اللغة: الاختلاط والامتزاج.

وفي الشرع: اسم لثبوت الحق في الشيء الواحد لاثنين أو لجماعة على الشيوع، والمراد بالشركة الثبوت عليها الشركة المبتغى به الربح بالتصرف والعمل، وقد تعرض للشركة الآيات الكريمة والأحاديث والإجماع منعقد عليها.

قال: **(هِيَ أَنْوَاعُ)** أي: أربعة:

(شَرِكَةِ الْأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الْحَمَّالِينَ وَسَائِرِ الْمُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافِهَا) أي: كخياط ونجار.

---

(١) قال النووي في «تحرير التنبيه»: يقال: الاشتراك وهي أن يشتري شيئًا، ثم يشرك غيره فيه ليصير بعده له يقسطه من الثمن، فإن قال: أشركتك بالنصف أو الثلث، أو الربع فذاك، وإن أطلق كان مناصفة، وقيل: يبطل العقد. والإشراك في البعض كالتولية في الجميع في الأحكام السابقة. (ص١٦٣).

وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ.

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا، فَإِذَا بَاعَا كَانَ الْفَاضِلُ عَنْ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ.

(وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا) أي: سواء كان بالبدن أو بالمال.

(وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ) أي: بكسر الراء.

(مِنْ غُرْمٍ) أي: من غير خلط مال.

(وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا، فَإِذَا بَاعَا كَانَ الْفَاضِلُ عَنْ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ): **النوع الأول:** شركة الأبدان فوجه بطلانها ما فيه من الغرر الفاحش؛ لأن كل واحد منهما لا يدري أيكسب صاحبه أم لا؟ وكم قدر كسبه؟ ولأن كل واحد منهما متميز ومنافعه فيحصر بها؛ ولأن المعقود عليه فيها العمل كما أن المعقود عليه في شركة العنان المال، ولو كان المال فيها مجهولًا لم تصح، فلذا إذا كان العمل مجهولًا لا في هذه وما روي: «أن سعدًا وعمارًا وابن مسعود رضي الله عنهم اشتركوا فيما يغتنمونه، فجاء سعد بأسيرين ولم يأت صاحباه بشيء فأشرك بينهم ﷺ»[1].

فأجيب عنه على تقدير ثبوته، فإنه كان في غنائم بدر، وكان له ﷺ يفعل فيها ما يشاء، هذا هو المذهب المعروف.

وحكي في صحتها قول شاذ، قال ابن أبي هريرة: وهو صريح على مذهب من أجازها دون مذهبه نفسه، وحكاه بعضهم وجهًا، فعلى المذهب لو اكتسبا نظر إن انفرد كل واحد وأخذ بعمل اختص به، وإن اشتركا في العمل قسم الحاصل على قدر أجرة مثل عملها لا يجب الشرط، هكذا قاله الرَّافِعِي وغيره.

وقال ابن الْقَطَّان: شركة الأبدان بأن ينفرد كل واحدٍ بعمل شيء ثم يقتسما الأجرة فأما إذا عملا جميعًا خفاء أو بناء، فالأجرة بينهما نصفين شرطا أم لا،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٨)، والنسائي (٧/ ٥٧).

....

وقياس الشيخ أبي علي فسادها في الحرف والصنائع على ما لو اشتركا في اصطياد واحتشاش ليكون بينهما فإذا فعلا فلكل واحدٍ ما حصله.

وقال الْمَاوَرْدِي: ما ذكره الرَّافِعِي: أنهما لو اجتمعا على صيد ملكاه ولكل على صاحبه نصف أجرة مثله، وكذا لو وضعا شبكة ونحوه بينهما فوقع فيها صيد ملكاه، ولكل على صاحبه أجرة رفع الشبكة، ولو لم يكن ذلك عن عقد ملكاه ولا أجرة لواحدٍ منهما، انتهى.

وإيجاب الأجرة مع القول فإن الحاصل يقسم على قدر الإجرة فيه نظر.

الثاني: شركة المفاوضة فبطلانها لما فيها من الغرر الفاحش أيضًا، قال الشَّافِعِي: لا أعلم في الدنيا شيئًا باطلًا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، ولا أعلم القمار إلا هذا، وأقل منه، انتهى.

ولأبي حنيفة فيها تفاصيل طويلة تقضي الإنسان العجب منها.

فرع: لو استعملا لفظ المفاوضة وأراد شركة العنان جاز، نص عليه وهو يقوي تصحيح العقود بالكنايات.

الثالث: شركة الوجوه، وقد فسرت بمعانٍ أشهرها: ما جزم به المصنف، والثاني: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى حامل وشرطا أن الربح بينهما، وبه جزم الدارمي، والثالث: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال؛ ليكون العمل من الوجيه والمال ويكون المال بيده لا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما، وهو تفسير ابن كج والإمام وغيرهما، وهي باطلة على التفاسير الثلاثة إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند المفاوضة ثم ما يشتريه أحدهما من أحدهما في التصوير الأول، والثاني: يختص بربحه وخسرانه إلا إذا كان قد أذن له في الشراء بشرطه، وقصده المشتري والحادي في التصوير الثالث قراض فاسد لاستبداد المالك باليد، فإن لم يكن المال نقدًا أزاد الفساد من وجه آخر، ووقع في «الروضة» بخطه، والثالثة: أن يشتري وهو سبق قلم وصوابه يشترك كما ذكرناه.

....

فرع: قال الإمام الرَّافِعِي: ويتعلق بهذا الأصل صور أخرى منصوصة في الْبُوَيْطِي فذكرها إلى أن قال: ومنها الواحد البذر ولآخر آلة الحرث ولآخر الأرض اشتركوا مع رابع ليعمل، ويكون الريع بينهم، فالزرع لصاحب البذر وعليه لأصحابه أجرة المثل.

قال في «التتمة»: ولو أصاب الزرع آفة ولم يوصل من الغلة شيء فلا شيء لهم؛ لأنهم لم يحصلوا له شيئًا.

قال الرَّافِعِي: ولا يخفى عدول هذا الكلام عن القياس الظاهر، زاد في «الروضة» قلت: الذي قاله في «التتمة» هو الصواب، وتبعه ابن الرِّفْعَة وغيره.

قال: لأن منافعهم تلفت تحت أيديهم، وإنما يضمنها إذا حصل له نفع بالزرع لدخول منفعتهم بواسطته في يده، انتهى.

وما ذكروه ليس بالبين، فإن الشَّافِعِي أطلق لزوم أجرة المثل، وأطلق عليه الأصحاب، ولم أر من قال ذلك بعد الكشف التام سنين ولم يفرقوا بين أن يكون الزرع تحت أيديهم أو خلوا بينه وبين صاحب البذر، ووجهه أبو علي في «شرح التخليص» بأن المسمى لم يسلم الواحد منهم فحصل عمله لرب الزرع بعوض فاسد يوجب أجرة المثل فهم عليه.

وقال الْقَفَّال في «الفتاوى»: لو دفع إليه أرضه ليزرعها من بذره على أن يكون الزرع بينهما؛ فالزرع لصاحب البذر ولرب الأرض عليه أجرة المثل، فلو باع المالك الأرض المزروعة على ظاهر المذهب تكون أجرة المثل بعد البيع للمشتري، ويفارق ما لو أجر ثم باع فإن الأجرة تكون للبائع وحده؛ لأن ذاك صار مستحقًا بالعقد وأجرة المثل هنا تجب يومًا فيومًا، وكذلك قلنا بعد البيع إنها تكون للمشتري، انتهى.

وهو مشاهد الرَّافِعِي وفي «فتاوي الْبَغَوِي»: أنه لو دفع إليه أرضًا ليزرع بالنصف على أن نصف البذر من مالك الأرض فيكون أخذ الأرض مثالثةً، ويؤده، ولم يعطه مالك الأرض البذر فالعامل يرجع بنصف أجرة عمله وآلته، انتهى.

وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا : لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ،

وليت شعري ما يقول المصنف: لو ترافعوا إلينا قبل هلاك الزرع بالآفة، فلا شك أنا نحكم له به، ويمكنه في فصله وغير غيبة، وغير ذلك، ولهم بأجورهم وأيضًا فعامل القراض الفاسد ونحوه تلفت منفعته تحت يده، وله الأجرة كما سيأتي.

وإن هلك المال في يده وعن «شرح الوسيط» للقمولي أن ما قاله الرَّافِعِي هو الظاهر؛ لأنه قد استوفى منافعهم بعوض فاسد، ولم يرض ما ذكره ابن الرِّفْعَة.

قلت: ويقرب أن يقال: إن بقيت أيديهم على الزرع حتى هلك اتجه ما قاله الْمُتَوَلِّي، وإن رفع أيديهم عنه بالحاكم وبغيره وانفرد باليد فيه فعليه الأجرة لا محالة، وإن تلف الزرع بآفة ولو شاركهم في اليد عليه إلى تلفه، ففي إحباط أجورهم بالكلية بعد، وهذه المسألة وشبهها مما تعم به البلوى في «الفتاوى» وقد نقلها الشيخ أبو علي عن رواية الْبُوَيْطِي كما سبق، وعن نص الشَّافِعِي في كتاب «المزارعة» وأنه قال: إن ترافعا قبل أن يعملا فيستحب أو بعد ما عملا فيستحب والزرع كله لصاحب الأرض كراء مثلها، انتهى.

وظاهره يقتضي القضاء لهم على رب البذر بأجورهم بمجرد المرافعة عقب الزراعة سواء حصل له من الزرع شيء أم لا.

قال: **(وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ)** أي: بالإجماع، وهي بكسر العين وتخفيف النون وحكي فتح العين، وهي مأخوذة من عنان الدابة، وقيل: من عني الشيء إذا ظهر، وقيل في المعاينة وهي المعاوضة.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ فِيهَا لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ)** أي: من كل منهما للآخر من نصيب نفسه إذ ليس لشريكه التصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه، ولا يعرف الإذن ولا يعرف ذلك إلا باللفظ، أو ما يقوم مقامه، وعن شُرَيْح إن خلطيهما المال على قصد الشركة أو ابتياعهما الشيء على قصد الشركة كافٍ في التصرف جميعه، ولا يفتقرا إلى إذن صريح، وبه أجاب صاحب «الإفصاح» وهو خارج عن انعقاد البيع بالمعطاة.

فَلَوْ اقْتَصَرَا عَلَى: اشْتَرَكْنَا .. لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ، وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ.

قال: (**فَلَوْ اقْتَصَرَا عَلَى اشْتَرَكْنَا لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ**) لقصور اللفظ عن الإذن في التصرف، والثاني: يكفي لفظهم المقصود عرفًا، والتحقيق أنهما إذا قالا: اشتركنا ونويا الإذن في التصرف صح ولا حاجة إلى إذن صريح بعده لا يكفي لاحتماله كالكتابة، وإن وجد الإذن صريح أعني: عن لفظ الشركة، هكذا حققه بعض الشيوخ.

إشارة: قول المصنف: فيها لفظ يدل يفهم لا تكفي إشارة الأخرس المفهمة الإذن، ولا كتابة الناطق بها، وفيه نظر ولا يتقاضى عن البيع ونحوه وكان الأحسن أن يقال: ما يدل ليدخلان.

تنبيهات: إذا أطلق الإذن ولم يذكر ما يتصرف فيه كفى على الأصح كالقراض زاد الدارمي وينجز فيما يراه، انتهى.

ويحتمل أن يقيد ذلك العرف في إيجاد مثلهما، وينزل الإطلاق عليه إذا عين جنسًا جاز عم وجوده أم لا بخلاف القراض قاله المحاملي.

وفي «التتمة»: أنهما لو شرطا في عقد الشركة ولا ينصرف إلا في نوع مخصوص فسدت الشركة؛ لأنه شرط على صاحبه أن يشتري بماله إلا نوعًا مخصوصًا من المال؛ وذلك غير جائز، انتهى. وهذا أصح.

قال: (**وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ**) لأن كل واحدٍ منهما موكل، فكان من شرطه الأهلية لهما، وهذا إذا أذن كل منهما للآخر في التصرف، فإن كان أحدهما المتصرف فقط فشرط في الإذن أهلية التوكيل وفي الآخر أهلية التوكل فيصح أن يكون الأول أعمى دون الثاني.

فرع: قال ابن الرِّفْعَة: هنا مقتضى كلامهم جواز عقد الشركة في مال المحجور عليه، وقد يقال: يتبعها لاستلزامها خلط ماله قبل العقد بلا مصلحة بل قد يؤثر بقضاء، وأما المكاتب فينبغي ألا يصح ذلك منه إن كان المأذون له لما فيه من التبرع لعمله، ويصح إن كان هو الآذن، قالوا: يكره مشاركة الكافر والفاسق خوف الرياء وغيره.

وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ دُونَ الْمُتَقَوِّمِ، وَقِيلَ تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ.

قلت: وهذا فيما إذا شاركه مطلق التصرف لنفسه، أما الولي يشارك بمال المحجور فلا بد أن يكون الشريك عدلًا يجوز إيداع مال المحجور عنده.

قال: (**وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ**) لأنه خلطه بجنسه يرتفع عنه التمييز، فأشبه النقد الخالص المجمع عليه.

قال: (**دُونَ الْمُتَقَوِّمِ**) لعدم تحقق الخلط فيهما، ولأن قيمتهما تزيد وتنقص فربما نقص مال هذا دون هذا، ويزيد فيذهب الربح في رأس المال، ويدخل بعض الأصل في الربح وعن الجوري أنه قال: الصحيح عندي جوازها في العروض كلها إذا استوت قيمتها سواء كانت من جنس أو أجناس كمذهب مالك.

قال: (**وَقِيلَ تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ**) أي: الخالص كالقراض، وهذا فيما نص عليه في الْبُوَيْطِي، ورواه حرملة وغيره عنه وعبارة «الروضة» وشرحي الرَّافِعِي: وفي المثليات قولان، ويقال: وجهان، وفي «البحر»: الأصح جوازه، وفي المثليات فظاهر المذهب المنع، والمنسوب في «الحاوي»، إلى الجمهور الجواز.

فرع: قال الرُّويَانِي وغيره: لا تصح الشركة على الدراهم المغشوشة، وهو قضية كلام «المنهاج» وأصله وغيرهما؛ لأنها في المتقومات، وجعل الْمُتَوَلِّي جواز القراض عليها مبنيًا على التعامل بها إذ جوزنا جاز القراض وإلا فلا.

وقال في «العدة»: إن الفتوى جواز الشركة إذ استمر في البلد زواجها وصححه في «الروضة» وعليه العمل.

إشارات: إذا جوزناها في المثلي اشترط التساوي في الصفات وقضية اعتبار التساوي في القيمة كما صرح به الرُّويَانِي وغيره، وقيل: لا يشترط، وسنوضحه عند قول المصنف: يخرج التبر والسبائك في هذا القول، ولفظ نص الْبُوَيْطِي: ولا يجوز إلا على الدراهم والدنانير.

وقال الرَّافِعِي: إنهم أطلقوا الشركة فيما يعني على القولين، قال: ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلي أم لا؟ فإن جعلناه متقومًا لم يجز، وإلا فعلى

وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ، وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ، أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ ....

الخلاف في المثلي، انتهى.

لكن الْمُتَوَلِّي وغيره حكى في انعقاد الشركة على النقرة والتبر وجهين كالمثلي، وأبدى أبو الحسين بن الْقَطَّان لنفسه احتمالين في جواز القراض على السبائك، ووجه الجواز فإنَّا نحكم وقت المفاضلة بمثله، ووجه المنع بأنه لا يقوم بها، انتهى.

وقد حكى الشيخان في كتاب «الغصب» بأن الأصح أن التبر والسبائك من المثلي فيكون الأصح هنا جواز الشركة عليها ما قدمناه من تجويز الشركة، ومنعها هو فيما إذا أخرج هذا من ماله قدرًا وذاك قدرًا وجعلهما رأس المال، ويمكن قرض في جميع الأقوال على ما سيأتي.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ**) وإلا لو تلف أحدهما قبل التصرف تلف على صاحبه وتعذر إثبات الشركة، وقيل: لا يشترط الخلط، وزيف، وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد ولو تأخر فالأصح المنع، والثاني: بجواز إن وقع في مجلس العقد، فإن تأخر عنه لم يجز على الوجهين، ومال الإمام إلى ترويجه؛ لأن الشركة توكيل وتوكل، قال في «البحر»: لو خلطا المالين لكنهما يعرفان ما لكل منهما بعلامة جعلها في دراهمه لا يعرفها غيرهما فلا يتمكن من التمييز هل تصح الشركة؟ نظر إلى حال الناس أو لا نظر إلى حالهما يحتمل وجهين.

قال: (**وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ**) أي: كدراهم ودنانير.

(**أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ**) أي: وكذا سائر الصفات كصحاح ومثقوبة أو حديثة وعتيقة أو سوداء وبيضاء.

قال الرَّافِعِي: وفيها وجه عن الإصطخري، والذي رواه ابن الْقَطَّان في «فروعه» عنه المنع، قال: وهو كما قال: هذا كله متميز، انتهى.

نعم حكى الشيخ أبو علي وجهًا أنه يكفي خلط الحنطة الحمراء بالبيضاء

هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا، فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكًا بِإِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلْآخَرِ فِي التِّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتْ الشَّرِكَةُ، ....

لاتحاد الجنس، وعين التميز وتساهل الناس فيه عرفًا، واعتقادهم إياه خلطًا، والمذهب اعتبار سائر الصفات في المثليات.

قال في «الحاوي»: فلو كانت قيمة أحدهما أغلا أو يخالفه في صفة من صفاته لم تجز الشركة وجهًا واحدًا.

وقال في «البحر»: قال القاضي أبو حامد في «الجامع»: ويشترط أيضًا تساويهما في القيمة؛ لأن قيمة أحدهما إذا كانت أكثر فخلطاهما لم يكونا شريكين شركة التجارة حتى يبيعا، وإذا باعا كان الثمن مشتركًا بينهما، فإذا أذن كل منهما في التصرف صارا شريكين، انتهى.

وقال في «الروضة» وأصلها: قال العراقيون وغيرهم: إذا جوزنا الشركة في المثليات فإن استوت القيمتان كانا شريكين على السواء، وإن اختلفا فإن كان أحدهما فقير قيمته مائة والآخر فقير قيمته خمسون فهما شريكان مثالثة، وهذا مبني على قطع النظر في المثليات على تساوي الأجزاء في القيمة.

قال: (**هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكًا بِإِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلْآخَرِ فِي التِّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتْ الشَّرِكَةُ**) هذا ما جزما به، قالا: وهو أبلغ من الخلط لكن قوله في الْبُوَيْطِي: ولا يجوز إلا على الدراهم والدنانير قد ينازع إطلاقه في ذلك، وفي «البسيط» عبارة موهمة فإنه قال: إذا جرى في النقد جاز كالقراض أو في عروض مشتركة أو مختلطة اختلاطًا لا يتميز فوجهان أحدهما: المنع لأنه تهيأ للاتحاد تهيؤ للنقود، وهذا مقصود العقد، ولا يتفاوت قيمتها عن قرب بخلاف النقود، والثاني: وهو القياس وبه الفتوى جوازه إذ لا معنى للشركة عندنا إلا التوكيل بالتصرف في مال مشترك وذلك يستوي فيه العروض والنقود، انتهى لفظه، وعبارة «النهاية»: ومما اختلف فيه الأصحاب أن قالوا: إن الشركة تجري على الصحة في النقدين، وقيل: تجري فيما عداهما من ضروب الأموال مع تحقق الاختلاط كما سبق وصفه، فعلى وجهين: أحدهما وهو الذي يدل عليه ظاهر ما نقله الـمُزَنِيّ: أن الشركة تختص بلا تقدير اختصاص القراض

وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلٌّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ وَيَأْذَنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ. وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا ....

بهما، فإن الغرض منها التجارة والاسترباح كالقراض، والثاني وهو القياس المعتمد في الفتوى: أن المتبع حصول الخلط ولا اختصاص بالنقدين، انتهى. وهذا هو الخلاف المذكور في المثليات.

قال: (**وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلٌّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ**) كنصفه بنصف مثلاً وسواء تجانس العرضان أو اختلفا.

(**وَيَأْذَنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ**) بعد التقابض وغيره مما يشترط في البيع، قال الْمَاوَرْدِي وغيره: هذا إذا لم يشترطا في البائع للشركة، فإن شرطاها فسد البيع، وقال القاضي الحسين والمتولي: لا تثبت الشركة نعم تصير العروض مشتركة ويملكان التصرف فيهما بالإذن، فإذا نَضَّ الثَّمَنُ استأنفا عقدها، وهو نَاضٌّ، والمذهب ثبوت الشركة، وإحكامها مطلقًا، ولا يشترط أيضًا عليهما بقيمة العرضين عن تعاقدهما على الأصح.

وقال الفوراني: هذه شركة كالشركة في الحنطة يشير إلى أن في صحتها الخلاف السابق في المثليات، ولفظ «الإبانة»: ولو باع أحدهما نصف عبده بنصف عبد صاحبه ثم عقدا عقد الشركة فحكمه حكم الحنطة والشعير.

إشارة: كان الأحسن أن يقول المصنف: ومن «الحلية» كذا؛ فإن منهما بعد عرضه لصاحبه بثمن في ذمته ثم يتقاصا أو يقعا في التقاص على الأظهر.

ومنها: أن يشتريا السلعة بثمن واحد ثم يدفع كل واحد عرضه عما يخصه من الثمن، ولو كان المالان عرضًا ودراهم باعه نصف العرض بنصف الدراهم.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ**) أي: بل تثبت الشركة مع تفاوت قدرهما على نسبه المالين خلافًا للأنماطي، فإنه اشترط التساوي.

قال الإمام: وهو هفوة من مذكور وهو غير معتد به.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا**) أي: بقدر المالين.

عِنْدَ الْعَقْدِ. وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلَا ضَرَرٍ، فَلَا يَبِيعُ نَسِيئَةً وَلَا بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ

(عِنْدَ الْعَقْدِ) أي: إذا أمكن معرفتهما بعد، هكذا قاله الرَّافِعِي، ورأى ابن الرِّفْعَة القطع بأن ذلك لا يكفي وجعل اختلاف القيمة اختلافًا في الصفة وهو يوافق ما سبق عن «البحر»؛ بل هو هو، وقال الإمام معبرًا عن الوجه الثاني: وقال طوائف من الأصحاب: يشترط في صحة الشركة العلم بمقدار النصيب بأن يعلما أن المال بينهما نصفين، أو على نسبة أخرى.

قال في «البسيط»: ويرجع حاصل الخلاف إلى أن الإذن على هذا الوجه هل يصح؟ قيل: يصح إذ الحق لا يعد وهمًا، وقيل: لا؛ لأنه لا يدري فيما يتصرف بالإذن أو الملك والتصرف يبطل بالاستبهام.

وقال الرَّافِعِي: محل الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك وكل واحد يجهل حصته فأذن كل منهما لصاحبه في التصرف في كل المال أو في نصيبه هل يصح؟ فيه وجهان أصحهما نعم.

قال ابن الرِّفْعَة: ومقتضى هذا ألا يتقيد بصحيح الوجه المرجح في «الكتاب» بما إذا أمكن معرفة النصيب من بعد كما أطلقه في «الوسيط» و«البسيط».

واعلم أن ما رجحه المصنف هو شيء أبداه الإمام نظر، أو حكاه الْغَزَالِي وجهًا، وجزم به في «الوجيز»، قال الرَّافِعِي: إنه أظهر الوجهين والذي نقله الإمام عن طوائف من الأصحاب الاشتراط ولم يقبل سواه، ولم أر من صرح بخلاف غير ما ذكرته عن الْغَزَالِي.

قال: **(وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلَا ضَرَرٍ)** كتصرف الوكيل وحسن تعبير المصنف بلا ضرر، وعبارة «المحرر» ومختصراته بالغبطة وفيها يسمح إذ المعتبر فيه المصلحة فإنه لو باع بثمن المثل أو بغبن يسير صح كالوكيل، وكذا لو اشترى بثمن المثل في الحال لتوقع زيادة تحدث، والْغِبْطَة وَهِيَ الزِّيَادَةُ عَلَى الْقِيمَةِ زِيَادَةً لَهَا بَالٌ.

قال: **(فَلَا يَبِيعُ نَسِيئَةً)** للغرر **(وَلَا بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ)** أي: كما لوكيل، هكذا أجراه وهو ماشٍ على طريقة العراقيين.

وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُبْعِضُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ.

وظاهر نص «الأم» أن عامل القراض لا يبيع إلا بنقد البلد، وأما إذا قلنا بما أورداه هناك أَنَّهُ يَبِيعُ بِالْعَرَضِ وَالْوَجْهُ أَنَّ الشَّرِيكَ كَذَلِكَ بيعًا وشراءً، وَكَذَا يَجُوزُ لَهُ شِرَاءُ الْمَعِيبِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ مَصْلَحَةً ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْبَابَيْنِ الرِّبْحُ، وَلَمَّا نَقَلَ ابْنُ يُونُسَ اعْتِبَارَهُمْ النَّقْدَ قَالَ في «محيطه» هنا بعد نقله اعتبار النقد: وهَذَا غَلَطٌ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الرِّبْحُ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِنَقْدِ الْبَلَدِ؛ بَلْ يَكُونُ فِي الْعُرُوضِ كَالْقِرَاض، انتهى.

ولا شك أنه لو أذن له في المسافرة أن له البيع بنقود البلاد التي يقصدها.

قال: **(وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ)** بلا إذن بطل في نصيب شريكه وفي نصيبه قولًا تفريق الصفقة، وكذا الحكم لو اشترى بغبن مال الشركة بغبن فاحش، وإن اشترى في الذمة دفع العقد له خاصةً، فإذا باع بالغبن.

قال أبو إسحاق: لا يضمن بالعقد خلافًا لأبي حامد، والمشهور الذي جزم به كثيرون أو الأكثرون ومنهم الرَّافِعِي: أنه لا يضمن به ذلك، فإن سلم ضمن بلا خلاف، وأخطأ بعض الشارحين هنا حيث جعل قول أبي إسحاق وجهًا ضعيفًا.

قال: **(وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُبْعِضُهُ)** أي: بأن يدفعه إلى غيره ليعمل لهما فيه متبرعًا لما في السفر والإبضاع من الخطر؛ ولأنه لم يرض بغير يده، وهذا فيما لو اشتركا بالبلد، أما لو عقدا الشركة وهما مسافران أو على اللجة؛ فالظاهر أن له السفر به إلى مقصده من غير إذن، وكذا لو كانا من أهل النجعة وتقوم القرينة مقام صريح الإذن بخلاف القاطن بالبلد، نعم لو أرهقت ضرورة إلى السفر فهو كالمودع كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: **(بِغَيْرِ إِذْنٍ)** هذا قيل في جميع ما ذكره من البيع نسيئة فما بعده، فإذا وجد شيء منها بإذن شريكه الجائز التصرف في ماله جاز، وإذا جوزنا الشركة في مال المحجور فأذن الولي في شيء من ذلك، فإن كان المصلحة فيه فذاك، وإلا لغا إذنه فيما يظهر فتأمله.

وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَى شَاءَ، وَيَنْعَزِلَانِ عَنْ التَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا عَزَلْتُك أَوْ لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي لَمْ يَنْعَزِلْ الْعَازِلُ.

قال: **(وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَى شَاءَ)**؛ لأنه عقد جائز كالوكالة.

(وَيَنْعَزِلَانِ عَنْ التَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا) لما ذكرناه، وعبارة «المحرر» وغيره بالفسخ، وما أحسن عبارة «تهذيب المحرر» وينعزلان به، وقيل: إنه إذا فسخ أحدهما ينعزل صاحبه دونه، وبه جزم القاضي أبو الطيب في «تعليقه» وابن الصباغ، وهو ظاهر عبارة «المنهاج» وأنهما لا ينعزلان حتى يفسخا جميعًا، والصحيح خلافه فيتغير تأويله على ما في «المحرر».

وسيأتي عن صاحب «البحر» زيادة في الكلام على هذه المسألة إن شاء الله تعالى.

قال شارح: ولا خلاف أن لكل منهما بعد الانعزال أن يتصرف في نصيبه.

وقال ابن الرِّفْعَة: لا يجوز، وزعم أن نص الشَّافِعِي رضي الله عنه شاهد له، وأن كلام الأصحاب مشكل، وما قاله مردود وليس في النص شاهد ولا في كلام الأصحاب إشكال، هذا لفظه وهو كما قال: كسائر الشركاء في الأموال الشائعة إلا أن يريد ابن الرِّفْعَة ما اقتضاه ظاهر كلامه، فلا أدري ما هو.

قال: **(فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا عَزَلْتُك أَوْ لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي)** أي: لو قال: قطعت تصرفك في نصيبي كما قاله المحاملي.

(لَمْ يَنْعَزِلْ الْعَازِلُ) أي: على المخاطب وحده إذ لم يوجد ما يقتضي عزله فيتصرف في نصيب المعزول، وعن قول الفوراني: إن الشركة تبطل، وقضيته أن المخاطب لا يتصرف، وفي «البحر» بعد ذكره أنه لو قال: فسخت الشركة انفسخ العقد وانعزلا عن التصرف.

وقال القاضي الطبري: إذا قال: فسخت الشركة، ينظر فإن أراد في حق صاحبه، له أن يتصرف في جميع المال، وإن أراد في حقهما لم يجز لواحدٍ منهما التصرف في حق صاحبه، والمشهور ما ذكرناه أولًا، انتهى. والذي في تعليقه ما سبق عنه، ولعله قاله في «المنهاج» أو «المحرر».

وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ.

وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ تَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا، فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ فَسَدَ الْعَقْدُ ....

قال: (**وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ**) كالوكالة وكذلك بطروء الحجر بالسفه وبالفلس في كل تصرف لا ينفذ منهما كما قالوه في الوكالة، وعن الجوري حكاية وجه: أنها لا تنفسخ بالموت؛ بل يفسخ الوارث إن شاء، وذكر الْمَاوَرْدِي والروياني: أنه إن كان الإغماء يسيرًا لم يسقط به فرض عبادة لم يضر، وإن كثر حتى أسقط فرض صلاة واحدة بمرور وقتها بطلت الشركة، وصحح المصنف بطلان الوكالة بالإغماء.

وقال: إنه والإمام الْغَزَالِي صححا عدمه، والظاهر محو هذا الخلاف هنا، ورأيت في «اللطيف» لأبي الحسن بن خيران: أنه إذا غلب على عقل الوكيل انفسخت بخلاف العكس.

فرع: إذا مات ولا دين ولا وصية فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة إن كان رشيدًا، فإن كان مولى عليه فعلى وليه ولاحظ له من الأمرين وجوبًا، وإنما تقرر الشركة بعقد مستأنف، هكذا قاله الشيخان.

وقال في «البيان»: وإن أذن الوارث الرشيد للشريك في التصرف، أو أذن الولي جاز، سواء كان المال نقدًا أو عرضًا؛ لأن الشركة إنما لا تجوز ابتداءً على العروض وهذا لاستدامة شركة وليس بابتداء عقد، انتهى.

وعليه ينزل كلام الشيخين؛ ولكن عبارتهما إيهام، وإن كان عليه دين فليس للوارث تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين، وإن كان ثَمَّ وصية لمعين فكوارث أو غير معين كالفقراء لم يصح تقدير الشركة حتى تخرج الوصية، ثم هو كما لو لم تكن وصية.

قال: (**وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ تَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا**) أي: سواء شرط ذلك نصًّا أو عملًا بقضية الشركة والإطلاق.

قال: (**فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ فَسَدَ الْعَقْدُ**) وذلك بأن يشترطا التفاضل في الربح

فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى الْآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ، وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ، وَالرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ، وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ، وَالْخُسْرَانِ وَالتَّلَفِ فَإِنْ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِالسَّبَبِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلَفِ بِهِ.

مع استواء المالين أو تساويهما في الربح مع تفاضل المال، فإنه يفسد العقد فيهما سواء اختص أحدهما بمزيد عمل، أم لا، كما لو شرطا التفاوت في الخسران بمخالفة ذلك بموضع العقد، وقيل: يفسد الشرط ويصح العقد، وقيل: إن اختص أحدهما بمزيد عمل أم لا وشرط مزيد ربح صح العقد، وعن الجوري نقل أنه إذا اختلف قدر ماليهما وشرطا كون الربح على قدر المالين لا يصح العقد وإنما يصح إذا شرطا كونه بينهما نصفين؛ لأن الربح عوض العمل لا المال، رواه ابن الرِّفْعَة.

قال: (**فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى الْآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ**) أي: في مال الآخر كما في القراض الفاسد، وقيل لا رجوع فالصحيح وبه أفتى الْقَفَّال: فيما لو شرط أحدهما أن يتصرف هو بنفسه فقط ويصرف.

قال: فلا أجرة له كالشركة الصحيحة، ولم يذكر الرُّويَانِي في «التجربة» وغيره وجعل ذلك بضاعة بلا عوض.

قال: (**وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ**) لوجود الإذن، وادَّعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه، وحكى الْمَاوَرْدِي فيه وجهًا: أنها لا تنفذ، وعبّر الرُّويَانِي عن الوجهين: ببطلان الإذن وعدمه.

قال: (**وَالرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ**)؛ لأنه ثمرتهما كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت.

قال: (**وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ**) كالمودع والوكيل .(**فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ وَالْخُسْرَانِ وَالتَّلَفِ**).

قال: (**فَإِنْ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِالسَّبَبِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلَفِ بِهِ**) أي: بخلاف السبب الخفي فإنه يصدق فيه بيمينه لعسر إقامة البينة به، بخلاف السبب الظاهر ويأتي إيضاح ذلك في الوديعة إن شاء الله تعالى، ولو

وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ هُوَ لِي، وَقَالَ الْآخَرُ مُشْتَرَكٌ أَوْ بِالْعَكْسِ صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَوْ قَالَ اقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي صُدِّقَ الْمُنْكِرُ.

وَلَوْ اشْتَرَى وَقَالَ اشْتَرَيْته لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وَكَذَّبَهُ الْآخَر صُدِّقَ الْمُشْتَرِي].

ادعى أنه تلف من المال كذا في شهر كذا وحلف عليه ثم شهد عدلان أنهما رأيا ذلك المال بعينه في يده بعد اليوم المذكور ففيه وجهان: أحدهما: بطل يمينه فيغرم ولا يسئل، والثاني: لا يبطل يمينه؛ ولكن يسئل عن ذلك فإن ذكر وجهًا فسلم معه يمينه لم يغرم وإلا أغرم، ذكره الْمَاوَرْدِي والروياني.

قال: **(وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ هُوَ لِي، وَقَالَ الْآخَرُ مُشْتَرَكٌ أَوْ بِالْعَكْسِ صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ)** أي: بيمينه عملًا باليد.

(وَلَوْ قَالَ اقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي صُدِّقَ الْمُنْكِرُ) لأن الأصل عدمها.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَى وَقَالَ اشْتَرَيْته لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وَكَذَّبَهُ الْآخَر صُدِّقَ الْمُشْتَرِي)** لأنه أعلم بقصده وعقده وسواء ادعى أنه صرح بالشراء للشركة أو أنه نواه، والأول يقع عند الخسران، والثاني عند الربح غالبًا.

فرع: اشترى أحدهما شيئًا فللبائع أخذه بجميع الثمن فإن أداه من مال الشركة فذاك، أو من ماله بأن فعله؛ لأنه لم ينص من مال الشركة ففي رجوعه وجهًا في «الحاوي».

فرع: في «فتاوي الْبَغَوِي»: إن عقد الشركة على أن يثبت أحد الشريكين ثابتًا في التصرف فهذا فاسد، انتهى.

والظاهر أن المراد أن يثبت عن نفسه ولا يبعد إن شرطا بأنه عنده لا يمنع الصحة.

فرع: لو قال أحدهما لصاحبه: بع بما ترى يجب مراعاة النظر، ولو قال: بع بما شئت، له أن يبيع بالمحاباة، قاله الرُّويَانِي في «التجربة». ويظهر بأنه قوله بما يرى به نص إلى الرأي والرأي هو الاجتهاد بخلاف قوله: بما شئت، انتهى.

ويأتي هذا في التوكيل بما فيه.

فرع: في «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو قال: سمِّن هذه الشاة على أن

....

لك نصفها أو هاتين الشاتين على أن لك أحدهما لم يصح، واستحق أجرة المثل للنصف الذي سمنه للمالك، وفي الآخر يحتمل وجهين، الصحيح أنه يستحق النصف الذي سمَّنه لنفسه مقبوضًا بالبيع الفاسد فهو مضمون عليه، والنصف الآخر حكمه حكم المال في يد الأجير المشترك.

قلت: وفي كونه يستحق الأجرة للنصف الآخر نظر؛ لأنه سمنه في القرى والبوادي في الرعاة.

وأنهما لو اشتركا في دود القزِّ على أن من أحدهما الورق ومن الآخر التعهد على أن الصلح بينهما لم يصح، وما يحصل الصلح لصاحب البذر وعليه قيمة الورق وأجرة عمل العامل، ولو كان البذر منهما وخلطا في عقد الشركة على أن من هذا العمل، ومن ذاك الورق لم يصح الصلح بينهما وعلى رب الورق نصف أجرة عمل العامل، وعلى العامل نصف قيمة الورق، فإن كان العمل بينهما والورق بينهما فصح، ثم إن تفاوتا في الورق رجع رب المال الزيادة بها، وإن تفاوتا في العمل فكذلك، وإن صحت الشركة؛ لأن العمل هاهنا متبوع ولم يتبرع به وفي شركة المال تبع، لو شرط على صاحب الورق أن يقطع وينقل إلى داره فيستحق قيمة الورق، ويدخل فيه أجرة النقل؛ لأن استحقاق القيمة بتسليمه في داره، انتهى. وهذا الفرع تعم به البلوى.

خاتمة تعم الحاجة إليها:

لِاثْنَيْنِ دَيْنٌ عَلَى آخَرَ ثَبَتَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ هَلْ يَتَفَرَّدُ أَحَدُهُمَا بِقَبْضِ نَصِيبِهِ؟ قَالَا فِي «التَّهْذِيبِ» وَ«الْكَافِي»: نظر إن استحقاه إرْثًا، أَوْ نُجُومَ كِتَابَةٍ فَلَا، وَمَنْ أَخَذَ مِنْهُمَا شَيْئًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ بَاعَا صَفْقَةً وَاحِدَةً فَهَلْ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بقبض نصيبه من الثمن؟ وجهان.

قلت: والأصح الانفراد، ونقل الشيخان وجهًا عن رواية «الحناطي»: أن أحد الوارثين لو قبض من الدين قبل رخصته لم يشارك الآخر إلا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه، أو لا يجد مالًا سواه، والصحيح المشاركة مطلقًا، هذا لفظ «الروضة»، وبالمشاركة جزم الرَّافِعِي قبل هذا وجعله أصلًا، وقاس

....

عليه وفيه إشكال، لأن قضيته ألا تصح حوالة أحدهما بنصيبه منه ولا اعتياضه عنه، وغير ذلك وحينئذٍ ترد هذه الصورة على إطلاقات كثيرة، ولم يفرقوا بين أن يقصد المديون عن أصل الدين وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب «الشهادات»، في الكلام عن قول المصنف.

ولو ادعت ورثته مالًا لمورثهم وأقاموا شاهدًا ما يقتضي نزاعًا في عدم الاختصاص وقد بينه الرَّافِعِي هنا لما أشرنا إليه من الإشكال فقال: واعلم أنه قد سبق في كتاب «الشركة» أن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من دين الشركة ولو اقتصر شاركه الآخر فيه، وهاهنا قالوا: يأخذ الحاضر نصيبه كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذرًا ومكنوا الحاضر من الانفراد حينئذٍ، انتهى.

وهذا القدر لا يكفي ولا يزيل الإشكال فإن منَّ الله بالبقاء وإلا فراجع «الغنية» هناك، والله أعلم.

كتاب الْوَكَالَةِ

قال الشارح: هي بفتح الواو وكسرها: التفويض، ويقع على الحفظ، ومن ذلك: ﴿حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ١٧٣] والوكيل: فعيل بمعنى مفعول، والتوكيل: اتخاذه الوكيل، والتوكيل: فعلى الوكيل.

قال في «المجمل»: والتوكيل إظهار العجز والاعتماد على الغير.

وقال الْمَاوَرْدِي: هي في الشرع: إقامة الوكيل مقام الموكل في العمل المأذون فيه، والأصل فيها الإجماع والحاجة الداعية إليها ظاهرة، وجاءت بها الأحاديث:

منها: «توكيله ﷺ السعاة في أخذ الصدقات»[1].

و«عمرو بن أمية الضمري رضي الله عنه في نكاح أم حبيبة»[2].

و«أبا رافع في نكاح ميمونة»[3] و«عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ في شراء شاة»[4].

وأشارت إليها الآيات الكريمة كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾﴾ [النساء: ٣٥].

وقوله في قصة رؤيا صاحب مصر: ﴿فَأَرْسِلُونِ﴾ [يوسف: ٤٥] ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وبقوله: ﴿ٱذْهَبُوا۟ بِقَمِيصِى هَـٰذَا فَأَلْقُوهُ عَلَىٰ وَجْهِ أَبِى يَأْتِ بَصِيرًا وَأْتُونِى بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٩٣﴾﴾ [يوسف: ٩٣] وكقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢].

---

(١) أخرجه البخاري (١٦١٥).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ١٣٧) والحاكم في المستدرك (١٦/ ٩).

(٣) أخرجه الترمذي (٧٧٠) ومالك في الموطأ (٦٧٨).

(٤) أخرجه البخاري (٣٤٤٣) والترمذي (١٢٥٨).

قال المصنف: [شَرْطُ الْمُوَكِّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلَايَةٍ.
فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا الْمَرْأَةِ وَالْمُحْرِمِ فِي النِّكَاحِ.

وقال ﷺ: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[١].

قال: (**شَرْطُ الْمُوَكِّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلَايَةٍ**) أي: إلا كما استثنى كما سيأتي.

(**فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ**) أي: ونحوهما المغمى عليه ونائم وسكران غير عاصٍ به؛ لأن لتصرف النفس أقوى منه للغير، فإذا لم يمكنه الأقوى وغيره أولى بالمنع، وفي توكيل الوكيل ما سيأتي في توكيل العبد المأذون له في التجارة كلام سبق.

وأما المحجور عليه بسفه أو فلس.

قال المصنف: يجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات لا فيما يستقل إلا بإذن الولي أو المولى.

قلت: ولو أذن الولي لهما أو المولي في التزويج فوكلا في صحته وجهان، وبالصحة جزم الْمَاوَرْدِي، وفي صحة توكيل السفيه بإذن وليه، نظر، إلا أن يكون التوكيل من الولي عن نفسه، نعم ينبغي الجزم بصحتها فيما ينفذه منه من الوصايا والتبرعات في مرض موته بلا إذن، وقد تضمنه كلام الكتاب، ويجيء في توكيل الصبي في ذلك ما ذكر هناك من الخلاف في نفوذه منه.

قال: (**وَلَا الْمَرْأَةِ وَالْمُحْرِمِ فِي النِّكَاحِ**) لما سبق ويستثنى أيضًا توكيل الفاسق في تزويج موليته على المشهور، وإطلاقه المنع في المحرم محمول على ما لو وكل ليعقد عنه حال الإحرام، وإن قال: ليزوج بعد التحلل.

قال الرَّافِعِي هناك: صح؛ لأن الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن، وهذا التعليل يشوش كون شرط الموكل صحة مباشرته، وسبقه إلى هذا القاضي الحسين وطرده فيما وكله ليشتري هذا الخمر إذا تخلل، وإذا أطلق.

(١) أخرجه مسلم (٢٦٩٩).

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ.

قال الرَّافِعِي في كتاب «الحج»: فهو كالتقييد بما بعد التخلل بالخاء، والذي قاله القاضي في كتاب «النكاح»: أنه باطل.

وقال في كتاب «الحج»: إذا وكله فيه فلا يملكه الوكيل مادام الموكل محرمًا، فإذا تحلل فوجهان: أظهرهما وهو طريقة المراوزة: أنه لا يملك إلا بتجديد وكالة بعد التحلل، والثاني: وهو طريقة بعض العراقيين يملك بالتوكيل السابق، فعلى طريقة الرَّافِعِي لا بد من تقييد كلام «المنهاج» والمختار دليلًا على أنه لا يصح توكيل المحرم في النكاح مطلقًا، وعليه يصح إطلاق «المنهاج»، ولو وكل الحلال محرمًا بالتوكيل حلالًا بالتزويج، فالأصح عند الرَّافِعِي: الجواز، فعلى هذا تستثنى هذه الصورة، وما إذا قيد بما بعد التحلل، أو أطلق من هذا الشرط مع ما يستثنى أيضًا.

إشارة: زعم شارح أن مراد المصنف بالمرأة أنها لا توكل أجنبيًّا في تزويجها فأما إذا أذنت للولي بصفة الوكالة، انتهى.

وهذا عجب، وقوله: إن المراد كذا أعجب، وليس إذنها لوليها بلفظ الوكالة مما نحن فيه.

قال: (**وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ**) لولايته عليه، قال الْمَاوَرْدِي: إن يشأ عن الصبي وإن شاء عن نفسه، ولا نزاع في ذلك في حق الأب والجد والحاكم إذا ولوا ماله، وأما الوصي وقد ذكروا في الوصايا أنه لا يصح توكيله، والصحيح خلافه، وأما قيم الحاكم فالقياس أنه إن أقامه في أموره مقام نفسه وكل وإلا اعتبر إذن الحاكم.

إشارة: كان الأحسن الأشمل حذف لفظة: (الطفل) ليدخل معه المجنون والسفيه، وإن صح أن قيم الحاكم كالوصي مطلقًا جاز حمل كلام «المنهاج» على عمومه في كل ولي متصرف، وقد أشار المصنف إلى أن ما ذكره ضابط كل من صحت مباشرته بملك ولاية صح توكيله، ومَن لا فلا، ويستثني من طرده الولي المجبر على رأي كما سيأتي، وإذا نهاه فإنه يزوج بالولاية، ولا

وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَصِحُّ.

وَشَرْطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ، ....

يوكل، وغير المجبر يزوج بالولاية، ولا يوكل بلا إذن على الصحيح، وقيل: وكذا إذا جوزنا كسر باب الغريم، وأخذ ماله فإنه لا يجوز التوكيل فيه، صرح به جماعة، وهذا سمج، وسبقت الإشارة، ويستثنى من عكسه الأعمى، وقد ذكره، وكل من الثلاثة خارج عن الضابط، وكذا من ليس توكيل في التصرف إذا قال له المالك أو الولي: وكل، فإنه يصح توكيله، ولا تصح مباشرته بملك ولا بولاية ولا بوكالة، ومن ذلك لو وكل امرأة في أن توكل رجلًا عنه في تزويجه ابنته، فإنه يجوز خلافًا للمزني، ومنه لو قال: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا، وقلنا: يمتنع عليه الطلاق فله التوكيل فيه، وإنما امتنع عليه لأمر من خارج فهو كالأعمى.

قال الرَّافِعِي هناك: وسمعت بعضهم في الناجية يقول: ينبغي ألا يقع طلاق الوكيل، ونحو هذا: كلما عزلتك فأنت وكيل، فإنه لا يمكنه عزله، ويصح توكيله، واستثنى توكيل المشتري البائع أو المسلم إليه ليوكل من يقبض عنه؛ فإنه يصح، ولا يصح أن يقبض من نفسه، وكذا قصاص الطرف، فإن المستحق لا يباشره على الأصح ويوكل فيه.

قال: **(وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَصِحُّ)** أي: مع عجزه عن مباشرته، وكذا أجازه الأعيان، وقبض المسلم فيه وغيره، وقد عجلنا قبل هذا أشياء، وبقي أشياء على وجه مشهور أو رأي غريب.

قال: **(وَشَرْطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ)** كما قيل في الوكالة؛ لأنه إذا لم يقدر على التصرف لنفسه فلغيره أولى، وكلام الكتاب يقتضي أنه لا يصح توكيل العبد في بيع ولا شراء، وإن أذن سيده، والأصح خلافه عند الإذن، قال الجرجاني هنا: وكذا يصح توكيله بجعل بغير إذن السيد؛ لأنه نوع تكسب.

قال: ولا يتوكل مأذون له في التجارة بجعل ولا غيره بخلاف المكاتب.

قال الْمَاوَرْدِي: وتستثنى توكيل العبد على الطفل أو مال اليتيم أي:

....

ونحوه فلا يجوز مطلقًا؛ لأنه في معنى الولاية، وصحح المصنف توكيله في النكاح بلا إذن لا في إيجابه مطلقًا على الأصح، قال: وتوكيل المحجور بسفه كتوكيل العبد في النكاح، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» الذي نص عليه الشَّافِعِي: أنه لا يجوز أن يكون العبد ولا المحجور عليه لسفه وكلاء في النكاح، وظاهره تعميم المنع.

قال المصنف: والفاسق في الإيجاب إذا سلبناه الولاية كالعبد، وفي القبول يصح مطلقًا، وقال القاضي أبو الطيب: يصح قبوله لنفسه، وفي توكيله فيه وجهان لأصحابنا.

قال في «البيان»: وجزم الشيخ أبو حامد والمحاملي: بالمنع، وفي «البحر»: أنه ظاهر المذهب، قال ابن الرِّفْعَة: وادعى المحاملي والبندنيجي: نقل الخلاف فيه.

ولنا وجه أنه لا يصح قبوله لنفسه، وهو شاذ، ويجوز توكيل المرتد وإن لم يصح تصرفه في ماله، قال الْمُتَوَلِّي: إلا إذا حجر عليه، وهو ظاهر، إن قلنا: إنه حجر سفه، وإن قلنا: حجر فلس أو مرض فلا، ويجوز للمسلم أن يوكل كافرًا في استيفاء قولًا واحدًا من مسلم، ولا للإمام قضية لإقامة الحدود على المسلمين، واستثنى ابن الرِّفْعَة وغيره صورًا:

منها: أن الكافر لا يلي نكاح مسلمة، ولا ينكحها، وفي خلع «النهاية»: أنه يجوز توكيله في تزويجها من مسلم على ظاهر المذهب، وفيه نظر، وأنه لا يصح شراؤه المسلم ولا المصحف وغيره فيما سبق لنفسه، ويجوز توكيله في شرائها للمسلم إذا صرح بالسفارة، وقيل: وإن لم يصح، وإنه لا يقدر على طلاق مسلمة، ويتوكل فيه على الأصح، وأنه لا يصح إنكاح المرأة، ويصح أن يتوكل في أن يوكل من يزوج خلافًا للمزني ذكره الْمُتَوَلِّي هنا كما سبق، وحكى القاضي الحسين فيه وجهين، قال ابن الرِّفْعَة: والذي ذكره القاضي هناك أنه إن قال لها: اذهبي إلى زيد وقولي له: إن فلانًا يأمر أن تزوج ابنته من فلان، أو يقبل له نكاح فلانة، هل يجوز؟ وجهان.

لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَكَذَا الْمَرْأَةُ وَالْمُحْرِمُ فِي النِّكَاحِ لَكِنْ الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ.

وإن قال لها: وعليك أن توكلي فلانًا في تزويج بنتي، لم يجز وجهًا واحدًا.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا وكلها لتوكل رجلًا في تزويج ابنته، فهو جائز على قول الشَّافِعِي، وعند الـمُزَنِيّ: لا يجوز، وعلى هذا لو قال لها: قولي لفلان يزوج، فوجهان، وأنه يصح توكيل المرأة في الطلاق على الأصح، ومما أورد على طرد القاعدة أنه لا يصح توكيل الولي في بيعها مال محجوره، ويخرج من عبارات الأئمة خلاف، بناء عليه ما ذكرناه غيره، وهو أن شرط الوكيل صحة مباشرته التصرف لنفسه في حبس ما يوكل فيه في الجملة، أو في غيبته..

قال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز للمزوجة أن تتوكل عن زوجها إلا بإذنه، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ الْحُرَّةَ، أَمَّا الْأَمَةُ إذَا أَذِنَ سَيِّدُهَا فَلَا اعْتِرَاضَ لِلزَّوْجِ كَالْإِجَارَةِ وَأَوْلَى، قيل: ومقتضى كلام الرُّويَانِي: يحل المنع في توكيل المرأة في أمر يحوج إلى خروجها، وفيه نظر، وينبغي الصحة وله منعها، انتهى.

والوجه ما اقتضاه كلام الرُّويَانِي الصحة إذا لم يفوت على الزوج حقًا، وفي بعض أمثلته ما لا شك فيه.

قال: (**لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ**) أي: لسلب عبارتهما، وفي حكمهما ما قدمناه في الموكل من المغمى عليه وغيره.

قال: (**وَكَذَا الْمَرْأَةُ وَالْمُحْرِمُ فِي النِّكَاحِ**) لما سبق بما فيه، ولا يصح توكيل المرأة في رجعة نفسها ولا غيرها ولا في اختيار الزوجات إذا أسلم على أكثر من أربع، وكذا لا يجوز في اختيار الباقيات إذا اعتبرن على الأصح، ولو وكل الخنثى في قبول نكاح أو طلاق قال المصنف: لم أر فيه نقلًا، وينبغي أن يكون كالمرأة.

قال: (**لَكِنْ الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ**) أي: مميز مأمون.

(**فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ**) لتسامح السلف والخلف فيه،

....

ووجه المنع ما سبق، وقد أطلق هنا.

وقال في بيوع «الروضة»: إن انضمت قرائن يحصل العلم بذلك جاز الدخول والقبول، وإلا فطريقان: أصحهما القطع بالاعتماد، والثاني على الوجهين في روايته، ولا خفاء أنه لو دلت القرائن الظاهرة على كذبه أنه لا يعتمد، ولينظر فيما إذا عرف بالكذب، والأشبه أنه لا يعتمد قوله بمجرده، وكذلك قيدت بالمأمون، ويشبه ألا فرق بين الصبي والكافر، وفي «صحيح مسلم»: أنه ﷺ رأى ابن عباس يلعب مع الصبيان، فقال: «اذهب ادع لي معاوية»[(١)].

قال الشيخ: فيه اعتماد الصبي فيما يرسل فيه من دعاء إنسان ونحوه من حمل هدية وطلب حاجة وأشباهه، وصرح الْمَاوَرْدِي في باب الوليمة: بأنه يجب على المدعو الإجابة إذا كان الصبي المميز رسولًا، ويجوز توكيله في دفع الزكاة على الأصح، وهو ظاهر عند تعبير المعطي مطلقًا.

قال الشيخ: ويقبل قول الكافر والفاسق في الإذن في الدخول وحمل الهدية كالصبي، ولا أعلم خلافًا فيه، فإن قال: صاحب «التنبيه» والغزالي والرافعي: إذا جوزنا اعتماد الصبي وَهُوَ تَوْكِيلٌ مِنْ جِهَةِ الْآذِنِ وَالْمُهْدِي، وبنى الرَّافِعِي على ذلك أنه لو وكل غيره فالقياس تخريجه على الخلاف في أن الوكيل هل يوكل؟ فإن جاز لزم أن يكون الصبي أهلًا للتوكيل، انتهى.

والظاهر أن هذا ليس توكيلًا، ولا نقول في ناقل الجبر أنه وكيل في المجبر، وإنما أطلقوا عليه توكيلًا توسعًا، ألا ترى أنهم يعتبروا هنا القبول ولا [ضرر] في اعتباره الخلاف الآتي فيه، ومتى جوزنا اعتماد الناقل عنه كما في «الروضة»: إذا جوزناها، والفرق بين الرواية والوكالة ظاهر، نعم يظهر أن يجوز لأخذ من سلم الهدية من الصبي ليوصلها إذا لم يسند ذلك إلى قول المهدي، أما استقلال الصبي بذلك، فلا ينبغي الالتفات إليه، وهذه قضية الوديعة ونحوها بإذن مالكها توكيل، فيه احتمالان للإمام.

---

(١) أخرجه مسلم (٤٧١٣).

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ.

وَشَرْطُ الْمُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُوَكِّلُ: فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ، وَطَلَاقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ)** إذ لا ضرر على سيده فيه.

والثاني: لا؛ لعدم استقلاله به لنفسه، وقضية إطلاقه، وبه صرح في «الروضة» هنا جريان الخلاف مع إذن السيد وصحح في كتاب «النكاح»، أن محله حيث لم يأذن سيده، فإن أذن صح قطعًا، وحكى غيره طرقًا:

أحدها: أن محله مع الإذن، وثانيها: عكسه، وثالثها: جريانه فيهما، وسبق إطلاق النص أنه لا يكون وكيلًا في النكاح.

إشارة: هل يفترق الحال بين العبد الرشيد والسفيه، والعدل والفاسق أم لا؟ لم أر فيه نصًا.

قال: **(وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ)** لأنه إذا لم يزوج بنته بغيرها أولى وعليه اقتصر جماعة ووجه الصحة صحة عبارته في الجملة، وإنما لم يزوج بنته؛ لأنه لا يتفرغ للبحث والنظر، وهنا ثَمَّ نظر من الموكل وصححه الْغَزَالِي وقضية التوجيه ألا يجوز توكيله من غير تعين الزوج بلا خلاف ويشبه أن يجزم بصحة توكيل المكاتب في تجويز الأمة، إذا قلنا: إنه يزوج أمته وحينئذٍ تستثنى هذه الصورة، ويجوز توكيل العبد في الطلاق، خلافًا للروياني.

قال: **(وَشَرْطُ الْمُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُوَكِّلُ)** هَذَا فِيمَنْ يُوَكِّلُ فِي مَالِهِ، وَإِلَّا فَالْوَلِيُّ وَالْحَاكِمُ وَكُلُّ مَنْ جَوَّزْنَا لَهُ التَّوْكِيلَ فِي مَالِ الْغَيْرِ لَا يَمْلِكُونَ الْمُوَكَّلَ فِيهِ، فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ الْمُوَكِّلُ أَوْ الْمُوَكِّلُ عَنْهُ.

قال: **(فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ، وَطَلَاقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ)** أي: لم يصح بعجزه عن مباشرته بنفسه، والثاني: يصح، ويكفي حصول الملك عند التصرف، وهو الجواب في «التهذيب» و«الكافي» ولفظه: لو قال: وكلتك بتطليق كل امرأة أتزوجها أو بإعتاق كل عبد أتملكه يصح، والخلاف راجع إلى أن الاعتبار بحال التوكيل أو بحال التصرف، ويجري الوجهان في

....

التوكيل بقضاء دين سيلزمه، وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقت، ومخاصمة كل خصم يحدث له، وصححها البغداديون، ومنعها البصريون قاله الْمَاوَرْدِي، وما أشبه ذلك وعد من النظائر ما إذا وكل محرم حلالًا إن ينقل له نكاح امرأة إذا حل، وفيه وجهان، إذا اعتبرنا حالة التوكيل لم يصح وإلا صحت، وهو ما ذكره العراقيون، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى نصه في «الأم».

وقال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: ولو أذنت لوليها قبل انقضاء عدتها وقبل طلاقها، وقالت: أذنت لك أن تزوجني إذا طلقني وانقضت عدتي، وجب أن يصح الإذن كما يصح التوكيل، ثم يوكل الولي مرتبًا على إذنها فيصح، ونقل الرَّافِعِي هذا عنه هناك ثم قال: وفي صحة التوكل مذكور في كتاب «الوكالة»، يشير إلى ما جعلاه هنا الأصح وزاد في «الروضة» وصفه بالضعف وليس بجيد.

واعلم أن الْبَغَوِي اعتبر مع ما ذكره في «الفتاوى» أن يكون الموكل فيه معنيًا حيث قال: وكلتك بتزويج ابنتي إذا طلقت، وإذا اشتريت العبد الفلاني أو ملكته فأعتقه صح، وإن قال: وكلتك بإعتاق عبد اشتريته لا يصح؛ لأن المتصرف فيه غير معين بخلاف الأولين، ولو قال: وكلتك إذا صار هذا الخمر خلًا فبعه صح، ولو قال: وكلتك بتزويج الحمل الذي في بطن زوجتي لا يصح؛ لأنه غير معلوم، انتهى.

قيل: وهذا يقتضي تقييد كلام المصنف بعبد معين أو زوجة معينة، وإلا فلا يصح قطعًا، إلا أن يقول: أخذ يجوز هذه الوكالة مع الجهالة، ولا نعلمه، الرَّافِعِي أجرى الوجهين في التوكل بإعتاق كل رقيق يملكه وقضاء كل دين يلزمه، فإما أن يكون لا يرى ما ذكره الْبَغَوِي شرطًا في جريان الخلاف؛ لأنه يخالفه، واشتراط العلم في الموكل فيه، وإما أن يكون الخلاف جاريًا في العموم جريانه في التعميم ولا يجري في حال الإطلاق والجهل فيقبل لفظ الكتاب وهو الأحسن، انتهى. والتعيين ذكره في «الفتاوى» بحثًا.

وقال: في غير المعين يجب ألا يجوز، ولفظ «التهذيب»: ولو قال: وكلتك بتطليق كل امرأة أنكحها، أو بيع كل عبد اشتريته يصح، انتهى.

وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ، فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ إِلَّا الْحَجَّ ....

تتمات: قيل: قول الرَّافِعِي: كل رقيق يملكه وكل دين يلزمه كأن مراده المستقبل خاصة، أما إن أراد الحاضر خاصة لم يأت فيه هذا الخلاف، وإن أراد المستقبل والحاضر معًا فيحتمل أن يجري الخلاف، ويحتمل أن يقطع بالصحة، ويكون المستقبل تبعًا للحاضر، وإلى الاحتمالين أشار الرَّافِعِي في كلامه على حديث «عروة البارقي» وعن الشيخ أبي حامد: جواز الوكالة باستيفاء ما وجب من حقوقه، وما يستحب، فإما أن يكون اعتبر ذلك تبعًا، وإما أن يكون يجوزه استقلالًا.

قلت: وهو الظاهر وتقتضي طريقة العراقي في «تحرير» الجرجاني لو قال: وكلتك في استيفاء ما يجب لي من الحقوق صح؛ لأنه بين ما يستوفيه، وإن لم يجب بعد، ومراد الرَّافِعِي المستقبل خاصة بلا شك، ونقل ابن الصلاح كلام أبي حامد في «الفتاوى» جازمًا به، ونقل عن الأصحاب جواز التوكيل ببيع ثمر شجرة قبل إثمارها، وجزم بأن للوكيل المطالبة من الحقوق إذا كان قد وكله في المطالبة بحقوقه، انتهى.

وعن الجوري: إن وكله في قبض كل حق له، فإن لم يكن له دين ثم حدث له دين لم يكن له قبضه؛ لأنه غير موكل إلا فيما كان واجبًا يومئذٍ، وحكى الْعِمْرَانِي عن رواية الرُّويَانِي: فيه وجهين، قيل: يستثنى من إطلاق المصنف عامل القراض لقول صاحب «القواعد» التوكيل في بيع ما سيملكه من العروض بإفراد لا تتم مصالح العقد إلا به، انتهى.

وفي استثناء هذا من كلام المصنف بعد وقياسه استثناء الشريك في الاتحاد، وغير ذلك، نعم، لو قال: وكلتك ببيع هذا، وأن تشتري لي بثمنه كذا صح في الأظهر، وقيل: الأظهر كالإيقاع.

قال: (**وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ**)؛ لأن التوكيل إنابة.

(**فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ**)؛ لأن المقصود منها ابتلاء العبد وهو اختباره بفعلها.

قال: (**إِلَّا الْحَجَّ**) أي: عند العاجز كما سبق وكذلك العمرة وركعتي

وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ، وَذَبْحَ أُضْحِيَّةٍ، وَلَا فِي شَهَادَةٍ وَإِيلَاءٍ وَلِعَانٍ وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ، ....

الطواف تبعًا للشك **(وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ)** أي: ونحوها من الكفارات والنذور والتطوعات.

(وَذَبْحَ أُضْحِيَّةٍ) أي: ونحوها من الهدي والجراحات والنذور والتطوعات يستثنى الصوم عن الميت والعاجز كما سبق سموه توكيلًا وفيه وقفة، وكذلك تجهيز الموتى وحملهم ودفنهم، وَفِي «الْبَحْرِ»: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِي غُسْلِ الْمَيِّتِ وَكَأَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ فِعْلَ الْغَاسِلِ يَقَعُ عَنْ نَفْسِهِ كَالْجِهَادِ وَفِيهِ نَظَرٌ انْتَهَى.

وقضيته صحة استثنائه للعبد بإذن سيده، والذمي إذا اكتفينا بغسله، والأشبه الجواز مطلقًا أنه لا يجوز الاستئجار عليه، وقس بما ذكرناه في معناه. ولا شك في جواز الاستنابة في إزالة النجاسة قيل: وعنه احترز المصنف بقوله: «عباده» ولم يظهر في ذلك وقد يكون إزالتها عبادة وإن لم يجب لها نية على المذهب، وأغرب الجيلي جدًّا فنقل وجهًا: أنه لا يجوز التوكيل في تفرقة الزكاة، ووجهًا أنه يجوز في الصلاة كركعتي الطواف وكأنه مما قيل في الصلاة عن الميت كما سبق، وفي ثبوته عن المذهب بعد.

قال: **(وَلَا فِي شَهَادَةٍ وَإِيلَاءٍ وَلِعَانٍ وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ)** أي: باقيها؛ لأن الإيلاء واللعان منها، ومنعوا من ذلك إلحاقًا لها بالعبادات في المعنى، ولا يجوز التوكيل في تعليق هو صفة مختصة بطلوع الشمس وغروبها وقدوم الحاج ونحوها، وينبغي أن يكون هذا هو الصحيح، وقد حكى معه في تعليق الطلاق وجهين متقابلين، والمنع مطلقًا ظاهر كلامهم هنا، وبنى القاضي الحسين عليه منع التوكيل في التدبير، وقال: هل يصير بالتوكيل معلقًا للطلاق والعتق؟ وجهان.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا التدبير وصية جاز التوكيل فيها أو تعليق بصفة يجز، فاقتضى كلامه منع التوكيل في التعليق مطلقًا، ولا وجه له، وقد أجازوا التوكيل في الكتابة والخلع وفيهما التعليق، وقد نص الشَّافِعِي في العبد بين اثنين أنه يجوز أن يأذن لشريكه في كتابة جميعه، وجزم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني بجواز التوكيل في التدبير والكتابة وتعليق العتق.

إشارات: قيل: إن المصنف جعل الملحق من اللعان كالثمن من الكلمة

وَلَا فِي الظِّهَارِ فِي الْأَصَحِّ. وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ، وَهِبَةٍ، وَسَلَمٍ، وَرَهْنٍ، وَنِكَاحٍ، وَطَلَاقٍ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفُسُوخِ، ....

الخامسة ثم اعترض عليه، ولم أر ذلك في كلامه الشهادة على الشهادة ليس بتوكيل، قاله ابن الصباغ وشيخه أبو الطيب، ولو كان الإيلاء بطلاق أو إعتاق وصححناه بذلك فحكم التوكيل فيهما حكم تعليقهما.

فرع: قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والروياني والبغوي وصاحب «الكافي»: قال الْمُتَوَلِّي: لأنه قربة بدليل أنه لا يصح من الكافر، وقال غيره: لأنه يتقرب به إلى الله تعالى، وكان في معنى العبادة وحاصل ما قيل فيه ثلاثة آراء: قربه مكروها خلاف الأولى، وذكرتها هناك في «الغنية» وأوضحها في باب النذر إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا فِي الظِّهَارِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه منكر من القول فلا يعان عليه، وتغليبًا لشائبة الطلاق، والثاني: يجوز تغليبًا لشائبة الطلاق، وفي «الكافي»: ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار والقسامة على ظاهر المذهب فأشار إلى الخلاف في الثلاثة وهو غريب.

قال: (**وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ، وَهِبَةٍ، وَسَلَمٍ، وَرَهْنٍ، وَنِكَاحٍ، وَطَلَاقٍ**) أما النكاح والشراء فبالنص، وأما الباقي فبالقياس.

قال: (**وَسَائِرِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوخِ**) قياسًا على ما سبق وقد تضمن كلامه صحة التوكيل في الحوالة بالدين وفي عقد الوصية والضمان وهو الأصح في الصلات، خلافًا للقاضي الحسين.

قال: وهل يصير بذلك ضامنًا ومحيلًا؟ يحتمل وجهين وهذا بعيد، قال ابن الرِّفْعَة: والصيغة أن يقول: جعلت موكلي ضامنًا لك بكذا، أو أحلتك بما لك على موكلي من كذا بنظيره مما له على فلان، وقال العجلي: ويقول الموكل في التوكيل بالضمان: جعلني ضامنًا لدينه، ويقول الوكيل: جعلت فلانًا ضامنًا لدينك، ويقول في التوكيل بالكفالة: اجعلني كفيلًا ببدن فلان فيقول: الوكيل جعلت فلانًا كفيلًا ببدنه، انتهى.

وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا وَالدَّعْوَى وَالْجَوَابِ. وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالِاصْطِيَادِ وَالِاحْتِطَابِ فِي الْأَظْهَرِ، لَا فِي الْإِقْرَارِ فِي الْأَصَحِّ.

وأما الفسوخ فاستثني منها التوكيل في فسخ نكاح من زاد على أربع فإنه لا يجوز، وحكى الدرامي في التوكيل في رد المعيب بالعيب وبالنكاح وفي خياري المجلس والشرط لينظر الأحظ ويختار، وفي الأخذ بالشفعة والأمة بعتق تحت عبد أو يسلم وتحته عشر نسوة فتوكل في الخيار في شيءٍ من ذلك وجهين وأجراهما فيما لو وكله ليختار عين ماله من المفلس وسبق الكلام في التوكيل وفي تعليق الطلاق، وفي «البحر» لا بد من التعيين في الطلاق فلو وكله بتطليق إحدى نسائه لم يصح على الأصح ثم جواز التوكيل في الفسوخ مصور بما إذا لم يكن الفسخ فوريًّا، فأما الفوري فقد قال الرَّافِعِي: التأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيرًا، وبه جزم الْمُتَوَلِّي وهذا فيما اقتضى الحال بتأخير الفسخ حيث لا مانع، أما لو اقتضى الحال التأخير للأعذار السابقة فلا، والجواز ظاهر.

قال: (**وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا وَالدَّعْوَى وَالْجَوَابِ**) لعموم الحاجة وقياسًا على ما سبق رضي بذلك الخصم أم لا، وأغرب من استثنى قبض عوض الصرف في غيبة الوكيل إذ لا دين بعد التفرق؛ لبطلان العقد.

قال: (**وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالِاصْطِيَادِ وَالِاحْتِطَابِ فِي الْأَظْهَرِ**) كالشراء وغيره فيحصل الملك للموكل بعقد الوكيل، والثاني: لا يصح كالاغتنام كذا علله الرَّافِعِي، إذ الملك بالخيار وهي صادرة من الوكيل، ولو استأجره ليحتطب أو ليسقي من الماء المباح فالأصح الجواز، وأغرب الجرجاني في «تحريره» فقال: ويجوز في الاحتطاب والاحتشاش بأجرة، وهل يجوز بغير أجرة؟ فعلى وجهين، ولا يجوز في إحياء الموات بغير أجرة ويجوز بأجرة على أصح الوجهين، انتهى.

ولا يجوز في الالتقاط والاغتنام، فإن فعل كان له، قال الْعِمْرَانِي: ويحتمل أن يخرج على القولين، وبهذا جزم الشيخان في آخر باب اللقطة.

قال: (**لَا فِي الْإِقْرَارِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الجمهور وهو أن يقول: وكلتك

وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَقِيلَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ.

لتقر عني لزيد بكذا؛ لأنه إخبار فأشبه الشهادة، وادعى القاضي الحسين: أنه لا خلاف فيه، وهو عجب، والثاني: يصح؛ لأنه إثبات المال كمال في الذمة كالشراء وهو الأصح في «التهذيب» و«الكافي» ولفظه على أصح القولين.

وقال جماعة: إنه ظاهر النص، وآخرون: إنه ظاهر المذهب، فعلى الأول يجعل مقرًا بنفس التوكيل على الأصح، قال في «النهاية» و«البسيط» و«الروضة»: عند الجمهور وفيه وقفة، فإن كثيرين جزموا بخلافه، وجعل الْمَاوَرْدِي وغيره موضع الوجهين فيما إذا ذكر الموكل قدر المقر به وصفته، فإن تركهما لم يصح التوكيل ولم يلزمه بإقراره، ونقل الْعِمْرَانِي في المسألة ثلاثة أوجه: ثالثها: حكاه أبو علي السِّنْجِي: أنه إن وكله بإقرار بحق معين صح أو بشيء مجهول فلا، وذكر في «البحر» اختلاف الأصحاب، ثم قال: ويحصل خمسة طرق يعني: خمسة أوجه:

أحدها: لا يصح التوكيل؛ لكنه إقرار إن كان الموكل بالإقرار به معلومًا.

والثاني: إن كان مجهولًا فلا، واختاره في «الإفصاح».

والثالث: يستوي المعلوم والمجهول ويكون مقرًا.

والرابع: ويرجع في تفسير المجهول إليه.

والخامس: يصح التوكيل بالمعلوم والمجهول.

فرع: قال: أقر فلان بألف له عليَّ أو مائة واجبة عليَّ فإقرار منه بلا خلاف، قاله في «البحر» وقال في موضع آخر: لو قال: كل ما أقر به بالوكيل للجهالة.

قال: (**وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ**) كسائر حقوقه، هذا إذا وكله بعد الثبوت، فإن وكله قبله ففيه وجهان:

قال: (**وَقِيلَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ**) بجواز العفو في الغيبة، وربما لو حضر لرق وعفا، وبه أفتى الرُّويَانِي، والمنقول في «الروضة» وأصلها و«الاستذكار» للدارمي وتعليق القاضي أبي الطيب وغيرها في المسألة في حال

وَلْيَكُنْ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، فَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُك فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي أَوْ فَوَّضْت إلَيْك كُلَّ شَيْءٍ لَمْ يَصِحَّ.

وَإِنْ قَالَ فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي صَحَّ.

الغيبة ثلاثة طرق أشهرها على قولين أظهرهما: الجواز، والثانية: الجواز قطعًا، والثالثة: المنع قطعًا. وقال في «البحر»: قال القاضي أبو الطيب في «المنهاج»: إنه المذهب الصحيح.

قال الدارمي: إذا وكله في إثبات القصاص وأخذه فإن قلنا: لا يصح بإفراد أخذه كان أولى، وإن جوزنا فوجهان، وإذا استوفى الوكيل قبل العفو وقع الموقع بلا خلاف في الإذن وسيأتي إن شاء الله تعالى في وقوع القصاص بعد العفو هناك، ويجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى من الإمام قطعًا ومن السيد إذا جعلنا له استيفاءها، ولا يجوز في إثباتها إلا إذا ادعت حاجة القاذف إليه في رد الحد عن نفسه.

قال: (**وَلْيَكُنْ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ**)؛ لأنها جوزت رفقًا وتسهيلًا فتسومح فيها.

قال: (**فَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُك فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي أَوْ فَوَّضْت إلَيْك كُلَّ شَيْءٍ**) أي: أو وكلتك في جميع حقوقي أو بكل قليل وكثير من أموري، أو أنت وكيلي تتصرف كيف شئت.

(**لَمْ يَصِحَّ**) أي: قطعًا هذا ما أورده الجمهور؛ لأنه غرر عظيم لا ضرورة إلى احتماله، وفي «النِّهَايَةِ» وَفُرُوعِهَا أنه لو قال: وكلتك في كل أمر هو إليَّ مما يقيد التوكيل وأطلق لم يصح في الأصح.

وفي كتاب «الوديعة» في «الحاوي» وجهين في صحة الوكالة العامة في كل شيء وليس بشيء، وقال الدارمي: إذا وكله مطلقًا.

قال المروزي: يصح، وقال ابن أبي هريرة: لا يصح.

قال: (**وَإِنْ قَالَ فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي**) أي: وقضاء ديوني واستيفائها ورد ودائعي واستردادها ونحو ذلك (**صَحَّ**) أي: لحضرة وقلة غرره،

....

والأشبه عند الرَّافِعِي: أنه لا يشترط أن تكون أمواله معلومة ولا ديونه، صرح به الْقَفَّال وكلام الْبَغَوِي يشعر باشتراط العلم.

وعبارة «الكافي»: ولو قال: بع جميع أموالي أو اقبض جميع ديوني على غرمائي، وهي معلومة لهما يجوز، وتعليل الشيخ أبي حامد والجرجاني: بأنه معلوم أُشير إليه، وبه صرح القاضي الحسين، ومن هنا يعلم أن ما يتجدد لا يدخل فيها.

قال ابن الصلاح: له استيفاء الحقوق المحددة بعد التوكيل.

وقال الشيخ أبو حامد وغيره: العموم معتبر في كلام الشارع دون غيره.

فرع: قال في «البحر» لو قال: وكلتك في بيعتي لم يصح، ونقله الْعِمْرَانِي عن الشيخ أبي حامد، وعلله بأنه مجهول، لأنه قد يبتاع القليل والكثير، انتهى.

فأفاد أن المراد بذلك التوكيل في الشراء له، وكذا لو قال: بع بما شئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني جاز، ذكره في «المهذب» و«التهذيب» وفي «الحلية» ما يخالفه فإنه قال: لو قال مع من رأيت من عبيدي لم يصح حتى يميز.

قال في «الروضة»: قلت: هذا المذكور عن «المهذب» هو الصحيح المعروف.

وقال في «التهذيب»: ولا يجوز أن يبيع الكل ولا أن يقبض الكل، وأما قول صاحب «الحلية» ففي «البيان» عن الصباغ نحوه، أنه قال: لو قال: بع ما تراه من مالي لم يجز، ولو قال: اعتق ما تراه من عبيدي جاز، وكلاهما شاذ ضعيف، وهذا النقل عن «الحلية» إن كان المراد به «حلية الرُّويَانِي» فهو غلط، فإن الذي في «حلية الرُّويَانِي» ولو قال: بع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت جاز، ولا تبع الجميع؛ لأن «من» للتبعيض، ولو وكله أن يزوجه من شاء جاز، ذكره القاضي أبو حامد، وهذا لفظ الرُّويَانِي في «الحلية» بحروفه.

وقد صرح إمام الحرمين والغزالي في «البسيط» بأنه إذا قال: بع من شئت من عبيدي لا يبيع جميعهم؛ لأن «من» للتبعيض، ولو باعهم إلا واحدًا جاز،

....

قال أصحابنا: لو قال: بع هذا العبد أو هذا لم يصح، ولو وكله ليهدي من ماله ما لا يرى لا يصح، وقياس ما سبق أنه يصح، هذا كلام «الروضة» وفيه أشياء:
أحدها: تغليطه الرَّافِعِي في نقله في «الحلية» غلط فإن المسألة فيها قبل ما نقله عنها بأسطر كما رأيته فيما لا أحصيه منها، وكأنه- رَحِمَهُ اللهُ تعالى- زاغ بصره عنها، أو سقطت من أصله، وكذا نقلا هنا في «الحاوي» و«البحر» فقالا: ولو قال: بع ما شئت من عبيدي أو خيلي لا يجوز سواء ذكر العدد أم لا حتى يميز المبيع من غيره بصفة أو إشارة، وأما بصيغته تلك، وما في «الشامل» وغيره ففيه وقفة؛ لأن في ذلك غرر ظاهر لا حاجة إلى احتماله.

الثاني: ما نقله عن القاضي أبي حامد صحيح عنه، وذكر في كتاب «النكاح» عن الْبَغَوِي أنه لو وكله في تزويج امرأة صح، وتوقف فيه الرَّافِعِي، قال المصنف: والراجح المختار ما ذكره الْبَغَوِي ثم يستحضر أنه قال هنا: إنه لو وكله في أن يزوج له امرأةً ففي اشتراط تعيينها وجهان في «البيان» وغيره، والأصح أو الصحيح لا يشترط، انتهى.

وهو قول ابن سُرَيْج والدميري، وفي كلام الرَّافِعِي ما يوافقه كالتوكيل بشراء عبد ولا يظهر بينهما فرق مرضي، والحاصل أنه اقتصر هنا على قول أبي حامد القاضي بلفظ: مرتب، وفي آخر الباب بلفظ: امرأة، وصحح المنع، وعكس الترجيح تبعًا للبغوي هنا، والظاهر أنه لا فرق بين قوله امرأة أو من شئت، وإن كان الأول مطلقًا، والثاني: عامًا فالفقهاء لم يفرقوا بينهما هنا في أن ذلك جهالة وغرر، فالمسألة واحدة، والفرق بأن المرأة تحمل على من يكفلها، كما قاله الْبَغَوِي فيقل العدد والعبد لا مرد له فيكثر الغرر وغير مسلم، وسيأتي عن «الحاوي» أنه يعتبر في الوكالة الموكل الثالث إذا وكله ليهب من ماله ما يرى لم يصح، هذا ما رأيته مسطورًا.

قال في «البحر»: وإن عين الموهوب له لما فيه من الجهالة والغرر، وقول المصنف وقياس ما سبق أنه يصح إذا أراد أنه قياس من قوله: بع ما شئت من مالي ففيه نظر! وإن أراد غيره فلا أدري ما هو، نعم في «التتمة» في توكيله

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ، ....

بالإبراء من ديونه لزيد بهذه الصيغة أنه يصح فقد يقال: قياسه هنا الصحة ولا سيما إذا قلنا: الإبراء تمليك، وقد يقال بذلك في مسألتنا عند التعيين للموهوب منه لا على الإطلاق.

فرع: قوله: قال أصحابنا: لو قال: بع هذا أو هذا لم يصح، هو ظاهر إذا قاله متردد كأنه قال: وكلتك إما في بيع هذا أو هذا، أما لو أراد به تخييره فيظهر أن يصح على الأصح، كقوله: بع من شئت منهما، والغالب أن ما يراد بها التخيير والتفويض إلى رأي الوكيل فيما هو الأصح.

قال: **(وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ)** أي: رومي أو تركي وهندي أو حبشي فإن اختلفت أصناف نوع اختلافًا ظاهرًا، قال الجويني: وجب التحديد من المصنف وبه جزم في «البسيط» فلو قال: اشتر عبدًا كما تشاء فعنه يظهر تجويزه أي: وإن لم يذكر نوعه.

قال: وقال الإمام: وهو متجه، وفي «البسيط» أنه تصرف لم يذكره غيره، ونظر ابن الرِّفْعَة بما سبق من تزويجه امرأة، وذكر في «الروضة» أن الصحيح الذي عليه الأكثرون أنه لا يصح ويشترط في الرقيق وغيره ذكر الذكورة والأنوثة.

تنبيهات: منها: قضية كلامه أنه لا يجب التعرض لصفة أصلًا غير النوع، وسبق كلام الجويني والغزالي فيما إذا اختلفت أصناف النوع، وهو ظاهر وفي «التنبيه» أنه إن ذكر النوع وقدر الثمن ولم يصف العبد أي: بما يتميز به عن غيره لا بصفات السلم كما قاله الْمَاوَرْدِي، والأشبه أنه لا يصح وأنكروه عليه؛ لكن في «مُقْنِعِ» الْمَحَامِلِيِّ أنه لا بد من تعيين الجنس والنوع فإن عيَّن النوع ووصف العبد صح، وإن عيَّن النوع ولم يصفه فالأشبه بالمذهب أنه لا يصح التوكيل، انتهى.

والظاهر أنها طريقة الشيخ أبي حامد وأتباعه، وفي «تحرير» الجرجاني: أنه يذكر الجنس والنوع والصفة وتقدير الثمن، فإن ترك تقدير الثمن جاز على الأصح أو الصفة لم يصح على الأصح، ووجه ظاهر لاختلاف الأغراض والحاجات ولا سيما الجنس في الأمة والعبد وأي حاجة إلى احتمال غرر الإطلاق.

....

ومنها: لا يكفي قوله: اشتر شيئًا أو حيوانًا، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب وحده من كلام المصنف فإنه قال: إذا وجب بيان النوع فالجنس أولى، وفي «البسيط» أن صاحب «التقريب» حكى وجهًا: أنه لو قال: اشتر لي عبدًا كفى، وقد جوز التوكيل بالإسلام في ثوب من غير وصف وهذا بالجواز أولى، فعلى هذا لو وكله بشراء شيء فهو على تردد والتجويز فيه أبعد، انتهى.

وهذا بعيد إلا أن تدل القريبة على إرادة التجارة كما سنذكره، وأما السلم في ثوب مطلق فحكاه الْمَاوَرْدِي وطرده في شرائه، والوجه والمنع إلا أن يريد الاتجار فيه، نعم هل يقوم تقدير الثمن مقام الوصف؟ وجهان في «الحاوي» فلا إنكار على الْغَزَالِي في نقله.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: ما ذكر من اعتبار النوع وغيره مفروض فيما إذا لم يقصد بالشراء التجارة فإن قصدها لم يشترط بيان ذلك؛ بل يجوز أن يقول: وكلتك في أن تشتري بهذه الألف ما شئت من العروض، أو ما علمت فيه حظًا من الأموال، صرح به الْمَاوَرْدِي والمتولي قياسًا على القراض، انتهى.

وقال صاحب «التعجيز في شرحه»: هذا ما قاله الْمَاوَرْدِي، وأنكر الْمُتَوَلِّي وقال: هو مذهب أبي حنيفة، وفي كتاب «الشركة» من «البحر» نحو كلام ابن يونس؛ لكن ذكر فيه هنا وببيعه، وسنذكره بتفصيله في المضاربة فأما إذا قال: اشتر لي ما شئت ولم يأذن له في بيعه فلا يصح التوكيل، وعند أبي حنيفة يصح هذا النوع من الوكالة ويلحقه بالمضاربة كما أن الوكالة الخاصة يشترط في صحتها ما تنتفي به الجهالة فكيف تصح الوكالة على الإطلاق مع الجهالة، انتهى.

وكان الرُّويَانِي تبع أولًا «التتمة» كعاداته، وثانيًا «للحاوي» كعاداته، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو وكله ليقبل من كل من يتصدق عليه أو يقبل الهبة من كل من يهب له جاز، كما لو قال لرجل: اشتر لي بهذه المائة ما شئت كان جائزًا، انتهى. وهذا الأخير مذهب أبي حنيفة تبعه عليه الْقَفَّال.

ومنها: لو وكله في بيع شيء صرف ثمنه إلى سلعة أخرى صح التوكيل بالبيع وفيه بالشراء قولان أرسلهما في باب القراض من «البحر»، فإن أراد

أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ الْمَحَلَّةِ وَالسِّكَّةِ، لَا قَدْرِ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ.

بالسلعة شيئًا معلومًا بالوصف والعين فالصحيح الصحة.

قال: **(أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ الْمَحَلَّةِ وَالسِّكَّةِ)** لاختلاف الأغراض بذلك اختلافًا ظاهرًا، ويعين في الحانوت السوق، نعم لو كانت الدار بقرية صغيرة متفاوتة الدور فقد يغتفر ذلك وقد يؤتى إليه قولهم المحلة والسكة؛ لأن ذلك يكون بالأمصار إلا القرى والمحلة الصغيرة كالمحلة بل دونها الصغار.

قال: **(لَا قَدْرِ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: في هذه، ومسألة شراء العبد والتي قبلها؛ لأنه قد يتعلق بالغرض بواحدٍ من ذلك النوع نفيسًا كان أو خسيسًا، وكذلك الدار ولإطلاق المنزل على ثمن المثل.

والثاني: يشترط بيان قدره أو غايته كقوله: من مائة إلى ألف؛ لظهور التفاوت، وعن القاضي الحسين وغيره ترجيحه وهو المختار إذا كانت المحلة والسكة يجمع دار الأمير والفقير، ويعضده قول الشَّافِعِي في أواخر باب القراض من «الْبُوَيْطِي»: إذا قال لوكيله أو رسوله: اشتر لي كذا بالدين فلا يجوز حتى يقول: اشتر من دينار إلى مائة، هذا لفظه والظاهر أنهم لا يفرقون سواء أمره بشراء العبد أو الدار نقدًا أو نسيئةً، والنص بخلافه، وعلى قولهم: لا يجب القرض بقدر الثمن فينبغي أن ينزل الإطلاق على ما يليق بحال الموكل من الدور والعبيد وإلا فقد يشتري دارًا بمائة ألف، وعبدًا بألوف لمن لا يلائم الدار والعبد حاله بوجه، وهذا بعيد، ولا شك أنه لو قال: اشتر عبدًا ليخدم دابتي أو يحرث أرضي أو يرعى غنمي أو دارًا أخزن فيها غلتي أو بضاعتي أنه لا يشتري إلا ما يصلح لذلك الغرض.

فائدة: السكة بكسر السين: الزقاق قاله الجوهري، والمحلة: أوسع من ذلك كالحارة الكبيرة.

إشارة: قال شارح: لو قال: اشتر لي عبدًا تركيًا صفته كذا بما شئت، ينبغي أن يقدره بثمن المثل أيضًا، وكذا لو قال: بما شئت من ثمن المثل وأكثر نقله تفقهًا لا نقلًا، وينبغي البينة على ذلك فإنه يقع في الوكالات ويتبينها القضاة ولا يستهون بذلك، وما قاله ظاهر وإطلاق الوكيل في هذه العبارة

وَيُشْتَرَطُ مِنْ الْمُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا أَوْ فَوَّضْته إلَيْك أَوْ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ، ....

ونحوها لا يقصد بها حقيقتها، وكذا ما يكتب في سائر الوكالات في البيع والشراء بقليل الأيمان وكثيرها لا يراد به الإذن في البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به، وسيأتي في هذا كلام.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ مِنْ الْمُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا أَوْ فَوَّضْته إلَيْك أَوْ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ**) أي: أو أنبتك فيه أو أقمتك مقامي ونحو ذلك كما يشترط الإيجاب في سائر العقود، وقوله: لفظه يوهم أنه لا تكفي إشارة الأخرس المفهمة ولا كتابته ولا كتابة الناطق بالوكالة، وليس كذلك؛ بل يكفي ذلك كالبيع وأولى، وقال الشيخ: لو كتب إليه الناطق أو أرسل له قطع كثيرون بالجواز وهو الصواب ونقل القاضي أبو الطيب الإجماع على الصحة بالإرسال.

فرع: يشترط تعيين الوكيل إذا نصه الموكل بنفسه فلا يكفي: وكلت إنسانًا أو زيدًا ولا يدري من زيد ولا وكلت أحدًا، قاله الْغَزَالِي في «التحصين» ولو قال: لاثنين أيكما باع عبدي فجائز، لم يجز لأحدهما بيعه، قاله في «البيان»، ويحتمل خلافه وكأنه وكَّل كلًا منهما ببيعه، ولو قال: وكلت كل من أراد بيع داري هذه أو عبدي هذا لم يصح، ذكره في «الأم» في كتاب «الحج»، و«الجعالة» ونقله الشيخ في فتاويه في الكلام عن الأصحاب، قال: ولا ينفذ تصرف أحد فيهما اعتمادًا على هذا التوكيل، انتهى.

قيل: وما ذكره في الأمثلة المذكورة صحيح؛ لأن الوكيل في البيع ونحوه يتعلق بتعيينه غرض من العهدة والرجوع ونحوها، فلو كان التوكيل فيما لا يتعلق بتعيين الوكيل غرض كالعتق ونحوه فإذا قَالَ: وَكَّلْت كُلَّ مَنْ أَرَادَ فِي عِتْقِ عَبْدِي هَذَا، أَوْ فِي تَزْوِيجِ أَمَتِي هَذِهِ فَلَا مَنْعَ مِنْ الصِّحَّةِ، وَيَشْهَدُ لِهَذَا أَنَّ تَعْمِيمَ الْمُوَكِّلِ فِيهِ لَا يَصِحُّ إلَّا فِي مُخَاصَمَةِ الْخُصَمَاءِ لِعَدَمِ الْغَرَرِ فَكَذَا هَذَا، قَالَ: وَمِنْ الْمَسَائِلِ الْوَاقِعَةِ فِي هَذَا الزَّمَانِ أَنْ تَأْذَنَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا لِكُلِّ عَاقِدٍ فِي الْبَلَدِ فِي تَزْوِيجِهَا، وَقَدْ أَنْتَجَ هَذَا الْبَحْثُ الَّذِي ذَكَرْته صِحَّةَ هَذَا الْإِذْنِ إذْ لَا غَرَضَ لَهَا فِي أَعْيَانِ الْعِقَادِ والقضاة فكل عموم غرر فيه يعتبر، وكل عموم فيه غرر فهو

فَلَوْ قَالَ بِعْ أَوْ أَعْتِقْ حَصَلَ الْإِذْنُ وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ، دُونَ صِيَغِ الْأَمْرِ كَبِعْ وَأَعْتِقْ.

الذي لا يعتبر في كلام عن الشارع؛ لعدم علمه بما انطوى عليه، أما الشارع فعالم فكذلك يعتبر العموم وكلامه، انتهى.

وما ذكره في تزويج الأمة إن صح أن يكون فيما إذا عين الزوج ولم يفوض إلا صيغة العقد، وسُئل ابن الصلاح عمن أذنت أن يزوجها العاقد في البلد من زوج تعين بكذا فهل لكل عاقد بالبلد تزويجها؟

فأجاب: إنْ اقْتَرَنَ بِإِذْنِهَا قَرِينَةٌ تَقْتَضِي التَّعْيِينَ بِأَنْ سَبَقَ ذِكْرٌ مُعَيَّنٌ أَوْ كَانَتْ تَعْتَقِدُ أَنْ لَيْسَ فِيهِ غَيْرُ وَاحِدٍ لَمْ يَجُزْ لِكُلِّ عَاقِدٍ تَزْوِيجُهَا وَإِلَّا جَازَ، فإن إذنها حينئذٍ يخص ولا يعم، وإن لم يوجد شيء من هذا السؤال فذكرها العاقد محمول على مسمى العاقد على الإطلاق وحينئذٍ لكل عاقد بالبلد تزويجها، هكذا يقتضي الفقه في هذا، انتهى.

واعلم أني قيدت إطلاقهم أول الفرع بما إذا نصبه الموكل بنفسه لاحتراز عما قالوه فيما إذا قال لوكيله: وكِّل عني كما سيأتي وما أشبه ذلك فإنه يصح، وإن لم يعينه الموكل الأول وإن عينه سفيره.

قال: (**فَلَوْ قَالَ بِعْ أَوْ أَعْتِقْ حَصَلَ الْإِذْنُ**) لأنه أبلغ مما سبق.

قال الرَّافِعِي: وليس هذا بإيجاب؛ بل قائم مقامه ولا يكفي قوله: عولت عليك أو اعتمدت عليك في كذا، ويشبه أنه كتابة، وسبق أنه لو أكره غيره على بيع ماله صح؛ لأنه أذن له.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا**) إذ التوكيل إباحة ورفع حجر فأشبه إباحة الطعام.

(**وَقِيلَ يُشْتَرَطُ**)؛ لأنه تمليك حق فأشبه غيره فيقول: قبلت أو توكلت ونحوهما.

(**وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ، دُونَ صِيَغِ الْأَمْرِ كَبِعْ وَأَعْتِقْ**) نظرًا إلى الصيغة ثم القبول بالفعل والقول إن شرطناه بالجواز على التراضي على الأصح.

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ فِي الْأَصَحِّ.

قال في «البحر»: فلو تعين زمان العمل الذي وكَّل فيه وخيف فواته كان القبول حينئذٍ فوريًّا، وكذا لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده صار قبولها فوريًّا، ذكره في «الحاوي»، وزاد الرُّويَانِي: أنه لو وكله في إبراء نفسه كان القبول فوريًّا، ولو وكله بالمكاتبة جاز إذا غلب على ظنه صحة الكتاب، ويقبل على التراضي كالمشافهة.

قال: والقبول يكون بالقول وبالفعل، وقال الْقَفَّال: لا يحتاج إلى القبول؛ لأن التصرف قبول، والأولى ما ذكرناه من العبارة، ثم حكى الخلاف في اشتراط القبول لفظًا، ثم قال: والأصح أنه يصير وكيلًا إذا اطمئنت نفسه على امتثال الأمر من غير أن يقول: قبلت، وعلى هذا عادات السلف والخلف، انتهى. فعلى هذا يحصل القبول بإحداثه أمور.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ)** أي: من صفة أو وقت.

(فِي الْأَصَحِّ) كالقراض وسائر العقود، وهو ظاهر نص «الأم» والثاني: يصح كالوصية والإمارة كما في أمر غزوة مؤتة، وأجاب الأصحاب: بأن الوصية تجوز بالمجهول، والإمارة اغتفرت فيها الجهالة للحاجة، كما جعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه الخلافة شورى بين ستة.

وأجيب أيضًا: بأن عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه وصية أو بيان أنه لا يستحقها غير الستة، وقضية غزوة مؤتة يجوز أن تكون تأمير الثلاثة منجزًا وعلق تصرفهم على شرط ذلك جائز فإن لفظه محتمل كذلك.

وفي «التجربة» للروياني لو قال الإمام: أمَّرت عليكم فلانًا، فإذا مات فقد أمرت فلانًا جاز؛ لأنه ليس بعقد وتصرف؛ بل هو رأي ومشورة، هذا لفظه هنا.

فرع: إذا أفسدناهما لم ينعقد تصرفه قبل الشرط قطعًا وينفذ بعد وجوده للإذن فيه وفائدة فساد الوكالة أنه لو سمى له جعل استحقه؛ بل أجرة المثل.

وقال الشيخ أبو محمد: لا ينفذ تصرفه، وقال الإمام: إن صيغة الإذن إن كانت أمرًا ولم يشترط القبول وجب القطع بقبولها للتعليق، وإن كانت توكيلًا

فَإِنْ نَجَّزَهَا، وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا جَازَ، ....

وقلنا: يفتقر إلى القبول لم ينفذ التصرف وهذا حسن.

واعلم أن الجمهور أطلقوا صحة التصرف ونسبته أن تكون مجملة فيما إذا وكَّل عن صاحبه نفسه، أما لو وكَّل عن غيره بولايةٍ أو وكالةٍ فينبغي الجزم بعدم جواز الإقدام عليه وعدم نفوذه، ويكون الإذن كالعدم لا يخفى وجهه، ولم أره نصًّا.

قال: (**فَإِنْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا جَازَ**) أي: بأن قال: وكلتك الآن ببيع هذا ولا تبعه إلا بعد شهر وبعد قدوم زيد والحجيج؛ لأنه لم يعلق العقد وإنما علَّق التصرف ولم يمنع الصحة.

قال الرَّافِعِي والمصنف: بالاتفاق، وقال الإمام: ومال العراقيون إلى تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة واستحسنه إذ لا معنى للوكالة ومنع التصرف.

وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: إذا حكمنا بفساد تعليق الوكالة فقال: وكلتك الآن بالبيع، ولكن لا تبع إلا رأس الشهر فهو تعليق فاسد؛ إذ لا معنى لتعليق الوكالة مع منع التصرف.

وقال الشيخ أبو محمد: الوكالة صحيحة ثم لا يتصرف إلى رأس الشهر أو عند رأس الشهر، وهذا بعيد.

وقال العراقيون: إذا حكمنا بفساد التعليق فوجدت الصفة فإن الوكيل بالبيع بحكم الإذن إذ لا فساد فيه وإنما الفساد في الوكالة وفائدته أنه لا يستحق الأجرة المعينة على البيع، وهذا ضعيف، انتهى.

تنبيهات: منها: قال شارح: تعليق الإذن أو الأمر مثل قوله: بع هذا إن جاء زيد، لا شك فيه وليس تعليقًا للوكالة؛ بل للتصرف، وإن قال: إن جاء زيد أمرتك وأذنت لك، فهذا تعليق فلا يصح.

قلت: وكأنه بنى الأول على أن تنجيز الوكالة وتعليق التصرف محل وفاق، وأما الثاني فالأشبه أنه وعد بالإذن.

ومنها: إذا منعنا تعليق التوكيل فالمراد أن يحصل الإنشاء معلقًا وهو

وَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُك وَمَتَى عَزَلْتُك فَأَنْتَ وَكِيلِي صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ،

فاسد، وإذا قلنا بصحة التصرف على الأصح قيل: يباح، قال الشيخ أبو حامد والمحاملي: لا يجوز له أن يتصرف، فإن تصرف صح تصرفه، قال ابن الصباغ: وهذا بعيد؛ لأنه لو لم يسمح له لم يصح منه، قال شارح: وهذا هو الصواب؛ لأنه إنما صح للإذن والإذن يقتضي الإباحة، انتهى، وفيما قاله ابن الصباغ نظر!

قال: بيع العبد المسلم من الكافر حرام بلا خلاف والتفريق بين الأم والولد قبل التمييز بالبيع وغيره كذلك، وفي صحة البيع خلاف؛ بل صرحوا بأن تعاطي العقود الفاسدة حرام وإن لم يتصل بها المقصود، ونقلوه عن النص إلا أن يقال: المراد بذلك عقود المعاطاة.

ومنها: تصح الوكالة المؤقتة على الأصح وبه أجاب القاضي الحسين والعبادي، ولو قال: وكلتك في تطليق امرأتي إن رضي به خالي، أو في تزويج بنتي إن رضي به أخي، أو بيع داري إن رضي به جاري هل يعتبر رضا الأخ والخال والجار في صحة الطلاق والتزويج والبيع؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا؛ لأنه لا حق لهم فيه.

والثاني: بلى، فإن قلنا: يشترط فلو رضي ثم رجع هل يجوز البيع والتطليق والتزويج بعده؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يجوز ويصح؛ لأنه وجد الرضا اعتبارًا باللفظ.

والثاني: لا اعتبارًا بالمعنى، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُك وَمَتَى عَزَلْتُك فَأَنْتَ وَكِيلِي صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه نجزها، والثاني: لا؛ لأنه أبَّدها، وخصه القاضي الحسين بصيغة: على أني مهما عزلتك فأنت وكيلي، ومحل الخلاف ما إذا وصل ذلك بالتوكيل فإن ماله منفصلًا عنه صحت قطعًا، وقال القاضي الحسين وغيره: ومحله أيضًا أن يأتي به بصيغة الشرط فيقول: على أني كلما عزلتك، أو بشرط أني كلما عزلتك، ونحو ذلك وكلام جماعة يأبى ذلك.

وَفِي عَوْدِهِ وَكِيلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيقِهَا، وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيقِ الْعَزْلِ.

فَصْلٌ

الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، ....

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن محله أيضًا إذا اقتضت صيغة الشرط التكرار كـ«كلما» بخلاف «متى» و«مهما» و«إذا» ونحوها، وفيما إذا قال: وكلما عزلتك بنفسي أو بغيري فأنت وكيلي؛ إذ يمكن عزله إذا لم تقتض الصيغة التكرار، أو اقتضته ولم يأت بما يعم نفسه وغيره.

قال: (**وَفِي عَوْدِهِ وَكِيلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيقِهَا**)؛ لأنه علقها بانيًا على العزل والأصح عدم العود؛ لأن الأصح فساد التعليق.

والثاني: يعود وكيلًا بناءً على صحة التعليق، ثم مهما عزله عاد وكيلًا إذا كانت الصيغة «كلما» لاقتضائها التكرار، وطريق عزله تعليق العزل، وإن كانت «مهما» أو «متى» أو «إذا» لم يقتض عود الوكالة الآمرة فائدة لعدم أداة التكرار، فلو أراد عدم عوده وكيلًا وكَّل غيره بعزله فينعزل بعزله؛ لأنه إنما علق بعزل نفسه خاصةً، ولو كان قد قال: كلما عزلتك أو عزلك أحد من قبلي فأنت وكيلي فطريقة في عزله أن يقول: كلما عدت وكيل فأنت معزول، فإذا عزله انعزل لتقادم التوكيل والعزل، ويبقى الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير.

قال: (**وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيقِ الْعَزْلِ**) يعني: إذ الخلاف في أن الوكالة هل تقبل التعليق؟ جاز في أن العزل هل يقبل؟ لكن الترتيب والعزل بقبوله؛ لأنه لا يشترط فيه القبول واشتراطه في الوكالة مختلف فيه، وتصح إدارة الوكالة والعزل جميعًا مبني على قبولهما التعليق.

قال: (**فَصْلٌ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ**) لأنه قضية القرينة العرفية والظاهر أن المراد بنقد البلد بلد البيع لا بلد التوكيل حتى لو أبضعه شيئًا بـ«الشام» ليبيعه بـ«العراق» أو بـ«اليمن» مثلًا باع بذلك النقد عند الإطلاق، ثم رأيت شارح قال: هل المراد بلد البيع أو بلد التوكيل؟ لم يتعرضوا له والظاهر أن المراد بلد البيع، أن تعليق قصد الموكل بها حتى لو

وَلَا بِنَسِيئَةٍ وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ، وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِبًا، ....

قال له بـ«الكوفة»: بعه بـ«البصرة» لم يبعه إلا بنقد «البصرة»، ولو قال له: بعه بـ«الكوفة» فباعه بـ«البصرة» صح إذا كان الثمنان واحدًا قاله الْمَاوَرْدِي والجرجاني وغيرهما؛ ولكن لو اختلف النقدان فالذي ينبغي أن يعتبر نقد «الكوفة» الذي يعلق الإذن بها ولو لم ينص على بلد باعه في مكانه، فلو نقله ضمن وفي صحة بيعه حيث لا غرض ظاهر والثمنان واحد خلاف، فإن صححنا وكان النقد مختلفًا فهذا نظر والأشبه اعتبار بلد التوكيل، انتهى.

فرعان: لو كان في البلد نقدان لزم البيع بأغلبهما فإن استويا في المعاملة باع بأنفعهما للموكل، فإن استويا تخير، وقيل: يشترط البيان هذا ما نقلاه.

ورأيت في «نهاية المستقبل» لأبي محمد الصَّفِّي اليماني: قال الشيخ أبو حامد: وإن لم يكن أحدهما غالبًا لم يجز البيع إلا بهما، قال الصفي: وفيه نظر!

وفي «الحاوي» و«البحر» أنهما إذا استويا يخير، فلو باع بكلا النقدين فإن كان يجوز تفريق الصفقة فيه وإن كان في عقدٍ واحدٍ ففي الجواز وجهان، ونقل الإمام الوجهين عن بعض الأصحاب وقال: إن المذهب التجويز.

وفي «البسيط»: أنه الظاهر، فإن كان كلام الشيخ أبي حامد على ظاهره حصل ثلاثة أوجه والمفهوم من كلام الشيخين وغيرهما المنع، ولو كان غرض الموكل الاسترباح لا غير كما يعتاده التجار في بضائعهم لبعضهم بعضًا إذا اطرد عرف البلد المحمول إليه البضاعة أن يتبادل بالسلع ولا يباع بالنقد، والأشبه جوازه جزمًا على العادة ولا سيما إذا كان نقد ذلك البلد لا يروج بغيره -ولا شك عندي في ذلك في إباحته- ولا أثمان فيها إلا السلع كبعض بلاد الترك [والبُلغار].

قال: **(وَلَا بِنَسِيئَةٍ)** سواء كان قد قدر الثمن أم لا؛ لأن مقتضى الإطلاق الحلول.

قال: **(وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ، وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِبًا)** أي: لا يتحمله أهل العرف في الغالب بالنسبة إلى ذلك الثمن كالوصي ووكيل الشراء، وعن ابن سُرَيْج: أن الموكل إذا رضي به جاز، قال الْمَاوَرْدِي: إنه لم يطرده في البيع، انتهى.

....

ويحتمل الغبن اليسير وهو ما يحمله الناس غالبًا، ولا يزول له إطلاق الاسم بثمن المثل كدرهم يحمل في عشرة ولا يقاس على ذلك حتى يحتمل العشرة في المائة، والمراد العرف ويختلف ذلك باختلاف أجناس الأموال، وقال ابن أبي الدم: والعشرة إن تسومح فيها في المائة، فلا يتسامح بالمائة في الألف، ولا بالألف في عشرة آلاف، والصواب فيه الرجوع إلى العادة ولا يتقيد بعشرة ولا غيرها، انتهى.

إشارات: احترز بقوله: «مطلقًا» عما لو نص الموكل على شيء فالجواز ظاهر، وهل يتعين ما عينه؟ فيه ما سنذكره، فإن خيره في البيع وبالنقد النسيئة والحلول والتأجيل فعلى الأحظ لموكله، وقول المصنف: فليس له نص في المنع مطلقًا، وفيه ما رمزنا إليه، فلو خالف لم يصح البيع، وحكى قولا وفق العقود السابقة هنا، وإنما بيع بثمن المثل حيث لا راغب في زيادة لم يصح، فإن وجد فخالف وكالبيع بدون ثمن المثل وفيه احتمال ضعيف لوالد الرُّويَانِي، وإن باع بثمن المثل ثم زاد راغب في زمن الخيار فقد بيناه في بيع عدل الرهن والتوكيل بالشراء بنقد بثمن المثل، والحلول ونقد البلد عند الإطلاق كوكيل البيع، هكذا أطلقه بعض الشارحين.

وفي «تعليق القاضي أبي الطيب»: لو وكله في بيع بنسيئة فباع نقدًا، فإن كان بأقل من ثمن مثله مؤجلًا لم يصح البيع، وإن كان بثمن مؤجلًا صح إلا أن يكون له في ذلك غرض صحيح بألا يأمن على الثمن [الضياع] أو اللصوص فلا يصح البيع، ولو وكله بالشراء بعجل فاشترى بثمن مثله معجلًا جاز؛ لأنه زاده خيرًا إلا أن يكون له في تقديم الثمن الحال غرض صحيح بأن يكون لا يأمن على الثمن لو أمسكه إلا أن يكون ذلك الثمن فيما يخير البائع على تسلمه فيصح الشراء لإمكان تعجيله، انتهى.

وأطلق الرُّويَانِي في «التجربة»: أنه لو وكله بأن يسلف مائة درهم في طعام فاشترى نقدًا بمثل ما اشترى سلمًا أنه يصح بلا خلاف، وإن كان أقل منه كان باطلًا وهذا إن كان في السلم الحال وإلا فهو مجهول على ما إذا لم يكن له في

فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَسَلَّمَ الْمَبِيعَ ضَمِنَ، فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلًا وَقَدَّرَ الْأَجَلَ فَذَاكَ. وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، وَحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ ....

التأخير غرض صحيح.

قال: (**فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَسَلَّمَ الْمَبِيعَ ضَمِنَ**) أي: لتعديه وفيه ما رمزنا إليه، وأما قبل التسلم فلا يصير ضامنًا، هذا ما جزما به وغيرهما، وذكرت في «الغنية» هنا عن الشيخ أبي حامد أنه قال في البيع الفاحش: وعندي أن الشريك يضمن البيع هنا كالمودع سواء؛ لأنه مثقل بالبيع وهذا يجيء في التوكيل بلا شك.

قال: (**فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلًا وَقَدَّرَ الْأَجَلَ فَذَاكَ**) يعني: فيجوز إليه لا إلى أكثر منه ولا إلى أنقص بأنقص من ذلك الثمن وأصح الوجهين: أنه يجوز بيعه بذلك الثمن نقدًا وإلى أجل أقل إلا أن يكون عليه في حفظ الثمن مؤنة أو خوف ونحو ذلك من الأغراض المعتبرة، وبه جزم القاضي أبو الطيب كما سبق وآخرون، ولو وكله بالشراء نسيئة لم يجز بالنقد أو بالشراء نقدًا واشترى نسيئةً، فإن كان قدر الثمن نقدًا جاز على الأصح إلا أن ينهاه وإلا لم يجز على ظاهر المذهب، كذا قاله القاضي الحسين وتفصيل القاضي أبي الطيب أجود.

قلت: ولو قدر له المدة إلى سنة لم يجز الشراء إلى دونها والظاهر جوازه إلى أزيد منها بشرط ألا يزيد على ثمن المثل إلى سنة وألا يتعلق له بالتحديد نسيئة غرض صحيح.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) لصحة اللفظ، والثاني: لا للجهالة واختلاف الأغراض باختلاف الآجال، وبه جزم الْبَغَوِي وصححه صاحب «الكافي» والعمراني في «البيان»، واقتضى إيراد «الحاوي» أن الأول قول الجمهور وفيه نظر، وأكثر الكتب ساكتة عن الترجيح، وكنت أود لو قيل: إن كان الموكل عالمًا بأحوال السلع في ذلك البلد صح وحمل إطلاقه على المتعارف، وإن كان جاهلًا بذلك لغربةٍ أو غيرها لم يصح؛ لأنه غرر ظاهر لا حاجة إلى احتماله.

قال مفرعًا على الصحة: (**وَحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ**) لأن الوكالة

....

تحمل على ذلك وعرف الناس يختلف باختلاف أجناس المبيعات فإن لم يكن عرف راعى الأنفع لموكله، وعبارة الدارمي عن الوجه المرجح.

والثاني: يصح فيما جرى به عرف تلك السلعة وقد يشهد بما أشرنا إليه، وقيل: في أصل المسألة له أن يؤجل إلى أي مدةٍ شاء، هكذا قيل، والظاهر أنها مبنية على اجتهاد ونظر لا نسيئة، وقيل: لا يزيد على سنة.

إشارة: سكوت «المنهاج» عما إذا لم يكن عرف يوهم البطلان حيث لا عرف وليس كذلك؛ بل صرح الأصحاب بما ذكرناه وعبارة «المحرر» وغيره: يوكل في المتعارف، وهو أجود، وفي «الشرحين» و«الروضة» بلفظ الحمل لكنهما ذكرا الحالتين فانتفى الإيهام.

فرع: قال: بع بكم شئت فله البيع بالغبن الفاحش لا بالنسيئة ولا بغير نقد البلد، ولو قال: بما شئت فله البيع بغير نقد البلد لا بالغبن ولا بالنسيئة قاله القاضي الحسين والمتولي والبغوي والخوارزمي والرافعي والمصنف؛ لأن «ما» للجنس وكلام الإمام والمتولي في كتاب «النكاح» يقتضي جوازه بالغبن، وبه صرح في «البحر» والمتولي في التتمة، وسيأتي هناك حيث ولو قالت: زوجني بما شئت فزوجها بأقل من مهر المثل صح.

كما لو قال: بع بما شئت، وهو قضية العرف، وقضيه كلام الشيخين في باب التفويض فليكن هو الأصح إلا أن تدل قرينة على خلافه كما أشار إليه الإمام هناك، فإن القرينة تعتمد وفي صفة الصلاة من تعليق القاضي أبي الطيب: أنه لو قال لوكيله: بع هذا الثوب بما تيسر فدفع رجل فيه عشرة وآخر اثنى عشر وجب عليه بيعه بالاثنى عشر دون العشرة.

وفي «البحر» في كتاب «الشركة»: لو قال: بع بما ترى يجب مراعاة النظر فلا يجوز بالمحاباة، والفرق بينه وبين قوله: بما ترى، أن ظاهر قوله: بما شئت الرضا بمشيئته، وإذا قال: بما ترى فقد وكله إلى الرأي والاجتهاد على أنه إذا قال: بما شئت والحال يدل على أن المراد بما شئت من نقد أو غرض دون الغبن والمحاباة ليس له المحاباة وإن لم تدل قرينة الحال ومقدمات اللفظ

وَلَا يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ، ....

على ذلك فظاهر أنه خيَّره في جميع الوجوه، انتهى.

ولو قال: كيف شئت فله البيع بالنسيئة لا بالغبن ولا يعتبر نقد البلد، وعن القاضي الحسين جواز الجميع وهو ظاهر من حيث المعنى إذا كان الغرض للتجارة والربح وفي البيع به غبطة، ولو قال: مما عز وهان فهو كقوله: بكم شئت، وقال العبادي: له في البيع بالعرض والغبن لا بالنسيئة، قال الرَّافِعِي: وهو الأولى، وهذا قد لا يخالف ما قدمناه فيما يكتب من [السجلات] إذا لم يصرح الموكل له بذلك بلفظه ويفهم الشهود مدلوله فاعلم.

قال: (**وَلَا يَبِيعُ لِنَفْسِهِ**) أي: وإن أذن له الموكل وقدر الثمن وإن كان الوكيل والد الموكل على الأصح في المسائل الأربع؛ لفساد الغرضين الرخص والنقص.

والثاني: بيع مطلق إذا باع بما لو يأباه به لغيره صح.

والثالث: إن أذن باع وإلا فلا ورآه الْغَزَالِي القياس.

والرابع: إن كان الوكيل أباه جاز وإلا فلا.

والخامس: أنه إن قدر الثمن صح وإلا فلا.

وقال ابن الرِّفْعَة: إلا أنه إن أذن له في البيع من نفسه وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة جاز إذ إيجاد الموجب والقائل إنما يمتنع للتهمة بدليل جوازه للأب والجد.

قال: (**وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ**) أي: قطعًا للتهمة، فإن أذن له في البيع منه قال الْمُتَوَلِّي: فعلى الخلاف في بيعه من نفسه، وقال الْبَغَوِي: وجب أن يجوز، وبه أجاب صاحب «الكافي» قال: ومتولي الطرفين.

إشارات: كان الأحسن أن يقول: ومحجوره ليدخل الصغير والمجنون والسفيه ويدخل الوصي وقيم الحاكم فلا يبيعان ممن في حجرهما فيما يظهر قضية إطلاقه أنه لا فرق في المنع بين أن يكون ولده الصغير في حجره؛ لعدم أهليته أو غيرها، ولم أره نصًا وهو محتمل للتهمة وقد تقدم قوله في تعليقه على «التنبيه» الجواز حيث قال: أما ابنه الصغير أو المجنون أو المحجور عليه بتبذير فحكم بيعه منهم حكم بيعه من نفسه؛ لأنه هو الموجب والقائل في البيع

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَابْنِهِ الْبَالِغِ.

من هؤلاء هذا إذا كان هو الناظر في مال المحجور عليه بالتبذير، انتهى.

وليس يكره المبذر بقيد؛ لأنه قد لا يكون تحت حجره بخلاف الآخرين غالبًا فإنه إذا حجر على المبذر فإن الولاية تكون للحاكم لا للأب على الأصح؛ بل في كلام بعض أصحابنا أنه إذا بلغ سفيهًا زالت ولاية الأب وصار وليه الحاكم، وهو ضعيف فلهذين السببين خصه بالذكر ليس له البيع من عبده المأذون له في الثمار، ويلحق به عامله في القراض إذا باعه لجهة القراض ويظهر القول هنا بالصحة إذا أذن له في البيع من محجور به وقدر الثمن ونص على منعه من الزيادة إذا لم يبق مانع سوى تولي الطرفين، فإن منعه الجمهور هنا فيكون تولي الطرفين هي العلة المعتبرة؛ لكن لو كان هكذا لا يمنع أن يبيع من نفسه لولده وعكسه، ويظهر أنهما إذا كانوا في ولاية غيره والصورة ما ذكرناها الجزم بالصحة لانتفاء العلتين ولينظر هل يفترق الحال فيما ذكرناه، ويأتي بين كون الموكل وكَّل عن نفسه كما هو بينه وبين كونه وكَّل عن غيره بولاية أو نيابة، والظاهر الفرق وأنه لا يجوز للولي ونحوه الإذن كالعدم لوكيله في البيع والشراء لنفسه ولا لمحجوره، ويكون الإذن كالعدم وقد يتوقف في بعض الصور عند ظهور الغبطة.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَابْنِهِ الْبَالِغِ)** أي: المطلق التصرف والمراد أصوله وفروعه والمستقلين كما يبيع من العم والأصح الصديق الحميم، والثاني: المنع للتهمة واختاره القاضي أبو الطيب وغيره، ويجري الخلاف في البيع من مكاتبه الكتابة الصحيحة ومن زوجته إذا منعنا شهادتها والأصح الصحة أيضًا.

قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: محل الوجهين إذا لم يقدر له الثمن فإذا قدره جاز له البيع منهم بلا خلاف، ولو أذن له في البيع من هؤلاء صح بلا خلاف، قاله: الرُّويَانِي وغيره، قال الرُّويَانِي: والوصي كالوكيل في البيع من ولده، قاله القاضي الطبري، ومن أصحابنا من قال: المذهب أنه يجوز وفيه نظر وهو كما قال: بل الوصي أولى بالمنع؛ إذ الموكل يتعقبه بالأظهر مثل عمي أو خالي بخلاف الطفل ونحوه إلا أن يكون المراد أن يكون الوصي إذا توكل للغير

وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ ....

لا يبيع لمحجوره كما أشرنا إليه، فهذا قريب محتمل ويشبه ما لو ولاه المشتري والبائع تولى طرفي العقد.

إشارة: كل ما ذكرناه في الوكيل بالبيع يأتي مثله في الوكيل بالشراء فلا يشتري من نفسه ومحجوره وفي ولده المطلق التصرف ووالده، وهل يجري الخلاف السابق في البيع من أصوله وفروعه فيما لو كانوا في رق الغير وهم متصرفون بإذن في التجارة أو كتابة؟ والأشبه الجزم بالصحة في البيع في المأذون، وفي إلحاق المكاتب به نظر؛ لأنه يحمله على محاباة رجلٍ خلاصه من الرق والشراء وبيَّن فيه ما ذكرناه، وهل الشراء من قيم ولده والذي في حجره من غيره من مال ولده كالبيع؟ الظاهر نعم.

قال: **(وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ)** أي: الناجز.

(لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ) أنه من توابع البيع ومقتضاه إلا أن ينهاه، والثاني: لا؛ لأنه قد يرضاه للبيع دون القبض واختاره ابن أبي عصرون والمذهب وبه قطع الفتوى كما قاله القاضي الحسين في «الفتاوى»، وأما الثمن المؤجل فلا قطعًا، والخلاف إنما هو في غير الربوي ورأس مال السلم، وكذا ما يشترط قبضه في المجلس من الإبدال، وكذا لو أبضعه شيئًا ليبيعه ببلدٍ آخر للقرينة والعرف يطرد به.

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: وإذا كان المتوكل في البيع والشراء في مصر غير المصر الذي فيه الموكل هل يحط شيئًا من الأجرة لسلطته على التسلم والتسليم حيث يقول: لا يثبت ذلك في حصول الموكل، وَكَانَ بَعْضُ شُيُوخِنَا يَحْكِي عَنِ الْعَلَّامَةِ الْوَرِعِ طَاهِرِ خَطِيبِ «مصر» أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: بِمِثْلِ ذَلِكَ إِذَا وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ فِي غَيْرِ بَلَدِ الْمُوَكِّلِ لِلْعُرْفِ، ويوجهه ظاهر العرف، وعن صاحب «التقريب» ما يدل عليه بزيادة؛ لأنه قال: إذا دفع قدرًا مِنْ الْإِبْرَيْسَمِ ليحمله إلى عزبته ليشتري به جارية لم يلزمه نقلها وقال الإمام: إنها تحصل في يده في حكم الوديعة وللإمام احتمال في لزوم رد الجارية.

وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ، وَلَا يُسَلِّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ، فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ.

قال: ولكن الأصل خلافه؛ لأن من التزم رد مال إنسان ولم يستأجر عليه لا يلزمه الوفاء، انتهى. وما ذكره ظاهر.

قال: **(وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ)** إلى المسلم إليه؛ لأنه من مقتضى العقد فيتضمنه التوكيل وأشار كثيرون إلى الجزم به، وقيل: على الوجهين في تسلمه الثمن، وربما أفهم كلام «الشرح الصغير» ترجيحًا وهذا في غير الربويات.

قال: **(وَلَا يُسَلِّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ)** لما في تسليمه قبل ذلك من الخطر وهذا في البيع نقدًا، فإن كان الثمن مؤجلًا سلم المبيع الذي في يده على المذهب ولا يملك قبض الثمن عند حلوله قطعًا، هكذا أطلقوه، ويجب أن يكون محله في موضع يتولى المالك ذلك أما لو أبضعه شيئًا إلى بائع وأمره ببيعه مؤجلًا كما أبضعه التجار فالوجه الجزم بأن له التسليم وتسلم الثمن للقرينة والعرف به مطرد.

قال: **(فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ)** لتعديه وتفريطه وهذا إذا سلمه مختارًا، أما لو ألزمه الحاكم بتسليم المبيع بالنقد قبل قبض الثمن وكان الحاكم يرى ذلك مذهبًا بالدليل أو نقلًا معتبرًا فلا ضمان، وإن ألزمه جهلًا أو عدوانًا أو أكرهه المشتري أو غيره على تسليمه فيظهر أنه كتسليم الوديعة كرهًا فيضمن على الأصح.

فروع وتنبيهات: منها: إذا ضمنا غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء، أو كان الثمن أكثر، فإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغبن يحتمل غرم جميع القيمة، وقيل: يحط عنه قدر الغبن، وهذا ما اقتضى كلام الشيخين في بيع العدل والرهن أنه المذهب هنا فاعلم، وإن باعه بغبن فاحش بإذن الموكل عن نفسه فقياس الوجه الثاني أن يغرم قدر الثمن، ثم إذا اقتضاه الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل واسترد المغروم.

ومنها: إذا باع بغبن فاحش بلا إذن.

وإن قلنا: ما يتغابن به في عشرة دراهم باعه بمائة مثلًا، فإن كان المبيع باقيًا اشترى الموكل إن اعترف المشتري بالوكالة، أو قامت عليه بينة وإلا فهو

وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ لَا يَشْتَرِي مَعِيبًا، ....

كما لو تلف فضمن الوكيل وماذا يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه أو أقول:

أحدها: تمام القيمة، والثاني: القدر الذي لو باع به لصح وهو تسعة ويأخذ من المشتري درهمًا، وحكى في «الشامل» و«التتمة»، هذين قولين منصوصين في الرهن، وفي «اللطيف» قال ابن الصباغ: والصحيح وبه قال أبو إسحاق الأول، وجعله الْبَنْدَنِيجِي وغيره المذهب.

والوجه الثاني: أنه يضمن درهمًا؛ لأنه لم يفرط إلا فيه فيرجع على المشتري بتسعةٍ وهذا إذا رجع الموكل على الوكيل، فلو أراد الرجوع على المشتري رجع إليه بالقيمة قطعًا وهي أكثر مما كانت من القبض إلى التلف كالمغصوب، وقيل: قيمته يوم التلف، وقيل: يوم القبض وقد يعبر عن هذا الخلاف بالأقوال.

ومنها: إذا باع الوكيل مؤجلًا بالإذن أو بغيره إن جوز كما أشرت إليه في الإيضاح وجب عليه بيان التغريم حتى لا يكون مضيعًا لحق الموكل، فإن امتنع كان متعديًا وإن نسيه أو أشبه عليه ففيه كلام يأتي في الوديعة إن شاء الله تعالى.

والظاهر أنه يجب عليه الإشهاد صيانةً لحق موكله وهو ما دل عليه قول: الرُّويَانِي، قيل: بأن قسم الفيء إذا وقع ثوب إلى رجل ليبيعه إلى مدةٍ فباعه وقلنا: يجب عليه الإشهاد فلم يشهد؛ ولكنه أخذ الحظ على ما جرت به العادة، وقاضي البلد ممن يرى العمل بالحظ فهل يضمن؟ يحتمل وجهين وهذا التخريج بعيد، والمذهب أنه يضمن ولا يجوز الحكم بالحظ، انتهى. وأحسبه في «الحاوي».

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: فمن المثل ما يهيئ إليه رغبات المشترين على الصحيح من المذهب، وحكى ابن أبي الدم في «أدب القضاء» له وجهًا أن القيمة صفة قائمة بالمقوم ذاته فإن الرقعة تنقص تارة وتزيد أخرى، انتهى.

قال: (**وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ لَا يَشْتَرِي مَعِيبًا**) أي: لا يجوز له شراؤه مع علمه بعيبه؛ لأن عليه نصح موكله، فأما أنه هل يصح لمطلق الإذن أم لا

فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ وَقَعَ عَنْ الْمُوَكِّلِ إنْ جَهِلَ الْعَيْبَ، وَإِنْ عَلِمَهُ فَلَا فِي الْأَصَحِّ، ....

ويقتصر الإذن على التسليم؟ ظاهر كلامهم أن الأصح في الموصوف جهل الإذن على ما لا يعلم عينه وفي المعين على إطلاقه.

وقال في «البحر»: لو كان في الموصوف العيب ظاهرًا يمكنه معرفته لكنه لو يعلم يحتمل أن يجعل كالعلم فيجعل للوكيل، ويحتمل أن يقع للموكل وعليه يدل كلام أصحابنا، ولهذا له الرد به ولا يجعل كأنه علم به، انتهى.

وكلام «المنهاج» بعد هذا: يمكن جعله في الموصوف والمعين؟ لكنهما في «الشرح» و«الروضة» إنما نقلا الأحكام كلها في الموصوف.

إشارة: يستثنى من إطلاقه المنع إذا كان غرض الموكل التجارة فإنه يصح لعامل القراض وشريك التجارة والعبد المأذون له فيها؛ لأن الغرض الربح، وقد يكون في المعيب أكثر منه في غيره ولا سيما العيب الخفيف.

قال: (**فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ وَقَعَ عَنْ الْمُوَكِّلِ إنْ جَهِلَ الْعَيْبَ**) لأنه يمكن استدراكه بالرد فلا ضرر فيه، والتوكيل متعذر بجهله، وقوله: «في الذمة» يوهم أنه لو اشتراه بعين مال الموكل لا يقع له في هذه الحالة، وهو واقع له أيضًا؛ لكن ليس للوكيل الرد على الأصح، فأتى بالقيد المذكور ليحترز به عما يقتضيه كلامه بعد ذلك من الرد.

قال: (**وَإِنْ عَلِمَهُ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: وإن ساوى ما اشتراه به وأزيد؛ لأن الإطلاق يقتضي تسليمًا.

والثاني: يقع له؛ لأن الإطلاق يتناول المعيب وغيره ولا نقص في المالية.

والثالث: إن كان المعيب يمنع الإجزاء في الكفارة لم يقع له وإلا وقع.

قال الإمام: وصاحب هذا الوجه يستثني الكفر فإنه يمنع الإجزاء وللوكيل شراؤه، هكذا أورد المراوزة ثلاثة أوجه، وأضاف إليها ابن الرِّفْعَة رابعها وهو ما حكاه الإمام عن شيخه في كتاب «القراض» واستحسنه: أنه إن كان يشتريه للتجارة وقع العقد للموكل وله الخيار، وإن كان يشتريه للقسمة والخدمة فلا

وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهْ لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ، وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَعَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُوَكِّلِ فَلِكُلٍّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ الرَّدُّ.

يقع للموكل، انتهى.

والإمام رواه وجهًا عن رواية شيخه كما ذكره؛ ولكن المصنف صحح هناك صحة شراء العامل المعيب إذا رأى المصلحة فيه وهو المذكور في «الشامل» وغيره، وقضية ذلك أن يكون الأصح في وكيل المشتري للتجارة كذلك كما قدمناه سواء، وحينئذٍ يستثنى من إطلاقهم هنا كما قدمناه.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهْ)** أي: ما اشتراه به.

(لَمْ يَقَعْ عَنْهُ) أي: عن الموكل.

(إِنْ عَلِمَهُ) لأنه يورطه في الغرم مع العلم فهو مخالف.

قال: **(وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَعَ فِي الْأَصَحِّ)** أي: للموكل كما لو اشتراه لنفسه جاهلًا، والثاني: لا، كما لو عيَّن الوكيل وفرق الأول بأن الغبن لا خيار به خلاف العيب، ولو ألزمناه الغبن أضررنا به، وقد يقال: قل يتعذر الرد؛ بل والأرش فيلحقه الضرر بوقوعه له، وهذا الوجه هو المذهب في «النهاية» و«البسيط» وزيف الإمام الأول.

قال: **(وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُوَكِّلِ فَلِكُلٍّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ الرَّدُّ)** أما الموكل في حال العلم إذا قلنا: يقع الملك له فكذا في الأصح لما ذكرناه، وأما الوكيل فيرد في حاله الجهل بالعيب منفردًا بالرد، وقيل: لا ينفرد بالرد.

وقيل: إن سمى ذلك الموكل في العقد لم يرد وإلا رد.

وقيل: إن اشترى بغبن مال الموكل رد، وإلا فلا، هذا كله في الموصوف، والملخص أنه ينفرد برد الموصوف، وأما المعين فإن قلنا: لا ينفرد رد الموصوف فالمعين أولى، وإلا فالصحيح المنصوص في «الأم» الجواز؛ لأن الظاهر أنه إنما يرده بشرط السلامة.

والثاني: لا رد له إلا بعد استئذان الموكل، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الجمهور.

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ بِلَا إِذْنٍ إِنْ تَأَتَّى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ فَلَهُ التَّوْكِيلُ، ....

قال الرَّافِعِي: وتبعه الشيخ، ولم يذكروا في هذا الحال متى يقع عن الموكل ومتى لا يقع؟ والقياس أنه كما سبق أي: من الفرق بين حالتي العلم والجهل به، انتهى.

قيل: بل القياس أنه يقع للموكل مطلقًا لإطلاق الإذن ويعلق الغرض بعيبه كما لو اشتراه بنفسه، نعم ليس له تسليم الثمن إذا علم عيبه حتى يعلم به الموكل، وهذا صحيح وعلى ما قال الرَّافِعِي: يلزم إجراء خلاف فيما إذا جهله الوكيل فهو بعيد.

إشارة: إن حدث بما أبداه الرَّافِعِي مع القيود فاجعل كلام «المنهاج» وأصله شاملًا للموصوف والمعين وإلا فاجعله في الموصوف خاصةً وساكتًا عن المعين وهو أجود ليوافق المنقول.

قال: **(وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ بِلَا إِذْنٍ إِنْ تَأَتَّى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ)** لأنه إنما رضي به وبنيته وبتصرفه، قال شارح: هذا إذا قال: وكلتك أن تبتع لي ونحوه، أما لو قال: وكلتك في بيعه فالسابق إلى الرهن أنه كذلك، ويحتمل أن يقال: في بيعه يشمل بنفسه وتوكيله، وهكذا كل ما أشبهه من الصيغ، انتهى .

والظاهر إطلاقه بهم عدم الفرق بين الصيغتين.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ)** أي: مع كونه يحسنه.

(فَلَهُ التَّوْكِيلُ) أي: على الصحيح عملًا بالعرف إذ المقصود الاستنابة، وقيل: لا يوكل لقصور اللفظ، وقال الرُّويَانِي في «التجربة» معبرًا عن الصحيح: لأن إذنه له في التصرف مع علمه بحاله أذن له في التوكيل، وغلط من قال غيره، انتهى.

فأشعر كلامه بأن الصورة فيما إذا علم الموكل أن ذلك لا يليق بوكيله وجب توكيله في صورة سكوت موكله، فينبغي أن يوكل عنه، فلو وكَّل عن نفسه فوجهان.

وَلَوْ كَثُرَ وَعَجزَ عَنْ الْإِثْبَاتِ بِكُلِّهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمُمْكِنِ.

وَلَوْ أَذِنَ فِي التَّوْكِيلِ وَقَالَ: وَكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالثَّانِي وَكِيلُ الْوَكِيلِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ.

قال الشيخ: الأصح لا يجوز.

قال: (**وَلَوْ كَثُرَ وَعَجزَ عَنْ الْإِثْبَاتِ بِكُلِّهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمُمْكِنِ**) أي: دون الممكن على الأصح؛ لعدم الضرورة إليه.

والثاني: لا يوكل في الممكن، وفي الزائد وجهان.

والثالث: إطلاق الوجهين في الكل فالمتحقق منها ثلاثة أوجه.

تنبيهات: في «النهاية» و«البسيط» وهذا لفظه: اختلف في العجز، منهم من قال: معناه ألا يتصور منه فعله، ومنهم من قال: معناه أن ما له مشقة عظيمة لا يحتمل مثلها، ولو عجز عما أعطاه بمرض أو سفر لم يوكل فيه، وعن الجوري: أنه ينبغي أن يجري فيه الخلاف السابق فيما إذا التصرف لا يطيقه لعلمه بأنه لا يمكنه القيام به في هاتين الحالتين سبق أنه إنما يوكل عن موكله لا عن نفسه في الأصح، وجزم الإمام بالصحة، ثم إن وكَّل عن نفسه فهو فرعه أو عن موكله ففرعه، وفي «البسيط»: إن وكَّل عن موكله فسفير والتوكيل صحيح، وإن وكَّل عن نفسه فهل له ذلك؟ يفصل كتفصيل القول في الإذن المعلق بالتوكيل؛ لأن القرينة لا تدل إلا على أصل التوكيل، انتهى.

قال: (**وَلَوْ أَذِنَ فِي التَّوْكِيلِ وَقَالَ: وَكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالثَّانِي وَكِيلُ الْوَكِيلِ**) أي: على الصحيح لأنه مقتضى الإذن، وقيل: إنه وكيل الموكل وكأنه قال: أقم غيرك مقامك، وادعى الرُّويَانِي: أنه ظاهر المذهب، فعلى الأول ينعزل بعزل الأول له وانعزاله؛ لأنه فرعه على ذلك.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ**) هذا من ثمرة كونه وكيل الوكيل كما بيناه ولا شك أنا إذا قلنا: أنه وكيل الوكيل كان الحكم كما قدمناه ولا يحتاج إلى إعادته، وفي عبارة «الكتاب» لبس، قال: والذي في «المحرر»: لكن الأصح أنه ينعزل بعزله أي: وإن جعلناه وكيل الوكيل ينعزل بعزل الموكل الأصلي له

وَإِنْ قَالَ وَكِّلْ عَنِّي فَالثَّانِي وَكِيلُ الْمُوَكِّلِ، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ.

على الأصح؛ لأنه فرع فرعه، وفرع الفرع فرع الأصلي فينعزل بعزله.

وقيل: لا ينعزل إلا بعزل موكله وهو الوكيل ولا التنبيه على هذا لكان يقال: لا ينعزل بعزل الموكل على الأصح، وفي إثبات «المحرر» بلفظة «لكن» التي للاستدراك تنبيه على ذلك فحذفها «المنهاج» فأوهم أن الضمير في «بعزله» يعود على الوكيل الأول ثم أكد هذا الإبهام بقوله: وانعزاله فإنه يتغير بهذه الزيادة أن يكون للوكيل الأول فإن الموكل الأصل لا انعزال له، نعم لو كان المصنف حكى ما ذكره الرُّويَانِي حسن ما ذكره؛ ولكنه يكون ساكتًا عن مسألة «المحرر»، والحاصل أنه هل ينعزل بعزل من نصبه، وانعزاله يبنى على أنه وكيل له، ولو عزل الموكل الأصلي الأول انعزل، وفي انعزال الثاني بانعزاله الخلاف، ولو عزل الموكل الأصلي الوكيل الثاني انعزل على الأصح كما ينعزل بموته وجنونه، والثاني: لا؛ لأنه ليس من جهته.

قال: (**وَإِنْ قَالَ وَكِّلْ عَنِّي فَالثَّانِي وَكِيلُ الْمُوَكِّلِ**) أي: والأول سفير محض وله عزل أيهما شاء.

(**وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: أطلق الإذن في التوكيل ولم يقل: عنك ولا عني؛ لأن التوكيل تصرف منه بإذن الموكل فيقع عنه.

والثاني: أنه وكيل الوكيل، وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه، وحسَّن الْمَاوَرْدِي والروياني الوجهين مما إذا لم يعين شخصًا ومالًا إن أطلق ولم يسم أحدًا، فوجهان وإن سمى كوكيل زيد فعن الموكل بلا خلاف، وموافقة قول الجوري: إن أذن له أن يوكل رجلًا معينًا، وفسخ وكالة الأول لا تفسخ وكالة الثاني، وإن أذن له أن يوكل من أراد انفسخت؛ لكن الشيخ صرح بالوجهين في الحالتين، فإن قلنا: إنه وكيل الوكيل فله عزله وإلا فلا، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه، وقال القاضي أبو الطيب: يخير بين أن يوكله عن نفسه أو عن موكله، أيهما فعل أجرى عليه حكمه.

فرع: لو وكله في تصرف وقال: افعل فيه ما شئت لم يكن ذلك إذنًا في

قُلْت: وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لَا يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَنْعَزِلُ بِانْعِزَالِهِ.
وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِينًا إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكِّلُ غَيْرَهُ،

التوكيل على الأصح المنصوص، وكذا الحكم لو قال: ما تصنعه، فهو جائز وهل يتضمن ذلك الإذن بالبيع نسيئة أو بغير نقد البلد؟ لم أر فيه شيئًا والأقرب المنع.

قال: (**قُلْت: وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ**) أي: وهما إذا قال: عني أو أطلق.

(**لَا يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَنْعَزِلُ بِانْعِزَالِهِ**)؛ لأنه ليس توكيلًا فيه.

(**وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِينًا**) أي: رعايةً لمصلحة الموكل، كما قاله الأئمة: رعايةً للغبطة فإنه مأمور بها ذكره المراوزة، وفي «البحر» وجه أنه يجوز أن يوكل فاسقًا وليس بشيء، قال ابن الرِّفْعَة: وظني أنه لا يطرد في الجائز.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكِّلُ**) أي: عن نفسه.

(**غَيْرَهُ**) أي: غير الأمين الكفء فينبغي تعينه، قيل: فلو علم الوكيل فاسق المعين وجهله الموكل فينبغي أن يأتي فيه خلاف، كما إذا وكَّله بشراء معين وكان معينًا فقد سبق، ومقتضى الأصح اعتماد إطلاقه فيجوز.

قلت: وفيه نظر؛ لأن الغرض في تعيين السلعة أقوى منه في تعيين الوكيل، وينبغي أن يجب على الوكيل إعلام موكله أولًا بحاله ولا سيما إذا كان جوابًا جحودًا، أو ظهر للوكيل أن الموكل اعتقده أمينًا، فإن رضي به بعد ذلك فلا كلام وهذا البيان بصحته واجب كعيب المبيع لا عينه، وهذا إذا كان الموكَّل فيه مالًا يسلم إلى الوكيل، قيل: ولو قال: وكِّل من شئت فقد قالوا: إذا قال: زوجني ممن شئت أنه يجوز من غير الكفء على الأصح فقياسه هنا جريان الخلاف ويكون الأصح عدم الاشتراط وأورده على «المنهاج» وغيره.

قلت: يمكن الفرق بأن المقصود الأعظم من الأموال الحفظ وحسن التصرف فإذا لم يكن الوكيل أهلًا كان تضييعًا محضًا فتبعد إرادته، أو حمل الإطلاق عليه، بخلاف الكفاءة فإنها صفة كمال فقد يتسامح بتركها، وقد يكون

وَلَوْ وَكَّلَ أَمِينًا فَفُسِّقَ لَمْ يَمْلِكْ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

غير كفء أصلح لها من وجوه، وحينئذٍ فلا يصح الخلاف، والظاهر أنه إنما قصد الموكل التوسعة عليه بعدم التعيين بشرط النظر إليه، وإن اقتضى ظاهر لفظه التعميم.

إشارة: قيدت إطلاقه بقولي: عن نفسي احتراز عما لو عيَّن الولي ونحوه الوكيل غير الأمين فإنه لا يجوز للوكيل توكيله قطعًا ولا يوكل غيره؛ لأنه لم يأذن فيه.

قال: (**وَلَوْ وَكَّلَ أَمِينًا فَفُسِّقَ لَمْ يَمْلِكْ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) إذا وكَّل الوكيل أمينًا ووقع التوكيل عن الموكل الأصلي كما بيناه ففسق الثاني فهل يملك الوكيل الأول عزله؟ فيه وجهان: الصحيح المنع؛ لأنه ليس بفرع له؛ بل هو سفير محض، ووجه الجواز واختاره ابن أبي عصرون أن الإذن اقتضى توكيل أمين فإذا فسق لم يجز استعماله فملك عزله، وأوضح في «الاستقصاء» المسألة فقال: إذا عين له إنسانًا وكَّله وإن كان غير أمين، وإن وكَّل أمينًا وكالة ففسق، فإن وكَّله عن نفسه فله عزله، أو عن موكله فوجهان ووجه الجواز بما سبق وهو ضعيف وكلامه في صورة الإطلاق مبني على أن له أن يوكل عن نفسه وإن شاء عن موكله.

فائدة: قال شارح إثر كلام «الكتاب»: الذي أقوله: أنا حيث جعلناه وكيلًا للوكيل فله عزله بكل حال أو حيث جعلناه وكيلًا للموكل فالقول: بأن للوكيل عزله لا وجه له؛ ولكن ينبغي أن يكون الوجهان في انعزاله للفسق، ويكون الأصح الانعزال كالقاضي وعند الرهن إذا فسق، انتهى.

والذي اقتضى كلام الرَّافِعِي بصحيحه أن الوكيل لا ينعزل بالخيانة ونحوها، وجعله في «الروضة» المذهب في موضعين إلا أن يفرق بين من وكَّله المالك بنفسه وبين من وكَّله غيره عنه، وفيه نظر.

فرع: سبق أن الوكيل لا يوكل فيما يمكنه ويليق به بلا إذن، وعن الجوري: أنه لو قبض الدين الموكل في قبضته وأرسله مع ابنه أو بعض عياله

فَصْلٌ

قَالَ: بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنٍ أَوْ مَكَان مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ.

إلى الموكل لم يضمن، فإن أرسله مع غير من هو في عياله فتلف فضمن، وكأنه وجه الفرق العرف، فلا بدَّ أن يكون ولده أمينًا، وسيأتي في الوديعة نحو هذا إن شاء الله تعالى.

قال: (**فَصْلٌ قَالَ: بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنٍ أَوْ مَكَان مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ**) لشرح ما تقدم قيل: الفصل: هو في الوكالة المطلقة، والكلام الآن في الوكالة المقيدة.

والحاصل أنه يجب مراعاة تقييد الموكل ورعاية المفهوم منه بحسب العرف أو القرينة فلنذكر من ذلك مسائل الكتاب وما تيسر.

الأولى: إذا قال: بع من زيد مثلًا بعين؛ لأنه قد يزيد تخصيصه بالمبيع أو لطيب ماله وعن ذلك، هكذا أطلقوا التعيين وينبغي أن يكون بوصفه إذا دلت الحال على إرادة تخصيصه بالسلعة لما ذكرناه ونحوه من الأغراض المقصودة، أما لو دلت على إرادة الربح والعين لعلمه بحاجته إليه وإن لا غرض له والتعيين إلا ذلك فالأوجه عدم التعيين فإنه إنما سماه طمعًا فيما ذكرناه وكأن قوله: لفلان كقول التاجر لغلامه: بع هذا على السلطان أو الأمراء أو التجار أو الحجيج أو لوفد، فإنه لا يراد عين المسمى، وإنما يراد إشارة إلى الراغبين والمحتاجين إلى المبيع.

وأطلق الدارمي أنه لو وكله في البيع بموضع فباع بغيره صح وإن ذكر رجلًا فباع من غيره؛ فوجهان ولعل محلها إذا لم يبن له قصد التخصيص ووجه المنع الموقوف مع اللفظ ويحسن أن يقال: إن بان له قصد التخصيص بغبن أو الربح فلا وإن لم يبن بغبن على الأصح وقوفًا مع اللفظ كتابته إذا عين للبيع وقتًا معينًا كساعة كذا أو يوم أو شهر أو سنة لم يجز أن يبيع في غيره لأنه ربما يحتاج إلى البيع في ذلك الوقت دون غيره ولم أرَ في ذلك نزاعًا ويحتمل أن يأتي فيه بعض

وَإِنْ قَالَ بِعْ بِمِائَةٍ لَمْ يَبِعْ بِأَقَلَّ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ إِلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِالنَّهْيِ.

ما ذكرته في المسألة قبلها أو ما نذكره في التي بعدها.

الثانية: إذا عين له مكانًا لسوق أو بلد أو محلة فإن تعلق به غرض بعين وإن لم يتعلق به غرض ولكنه نهاه عن البيع في غيره فكذلك وإلا فوجهان:

أحدهما: يتعين لأنه قد يكون له فيه غرضًا يخفى على الوكيل وهذا ما رجحه في «المحرر» وتبعه هنا وفي «الروضة» ولم يصرح في «الشرحين» بترجيح.

والثاني: لا يتعين بحصول الغرض وبغيره والتعيين في مثل هذا يقع اتفاقًا وهذا هو المنصوص وبه جزم كثيرون منهم الشيخ أبو حامد والقضاة أبو الطيب وأبو حامد الحسين وهو الجواز في «الاستذكار» و«الشامل» و«المقنع» و«فتاوى الْقَفَّال» و«التنبيه» و«التتمة» وغيرها فحصل طريقان القطع بالجواز وهو المذهب، والثاني فيه وجهان بالمشهور الجواز قاله: في «البيان».

فرع: ذكر أن موضع التعيين إذا لم يقدر الثمن فإن قال: بع في سوق كذا بمائة فباع في غيرها جاز، صرح به في «الشامل» و«التتمة» وغيرهما وهو ظاهر، إذا جوزنا البيع بها مع راغب بأزيد أما إذا منعنا وهو الأصح فينبغي التعيين للنص عليه ولاحتمال زيادة فيه، فإن الشيء يقصد في سوقه وصور فيه الرغبات والزيادات كثيرًا، نعم إن قال: بعه بمائة ولا تزد فواضع إذا لم يكن ثم عرض آخر.

قال: **(وَإِنْ قَالَ بِعْ بِمِائَةٍ لَمْ يَبِعْ بِأَقَلَّ)** أي: ولو بقيراط بخلاف ما لو أطلق كما سبق بيانه لأن ذلك محل اجتهاد والناس يعدونه ثمن المثل.

قال: **(وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ)** إذ الغرض بالتقدير إذ لا ينقص الثمن عن العين فقد أمثل وزاد خيرًا.

قال: **(إِلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِالنَّهْيِ)** أي: عن الزيادة فيسمع إذ النطق أبطل حكم العرف، وقيل: لا يزيد وإن لم ينهه لأنه لم يرض بعهدة الزيادة، وفي «النهاية» و«البسيط» عن «التقريب» أنه لو قال: بع بمائة ولا تزد فزاد أو اشتر بهذا العبد بمائة ولا تنقص فنقص ففي صحته وجهان قال الشيخ تبعًا للإمام: والوجهين:

....

أن يقال: إن أتى بما هو نص في المنع لم ينفذ لمخالفته وإن احتمل أن يزيد لا تتعب نفسك في طلب الزيادة والنقص اتجه التنفيذ، انتهى.

والوجهان نقلهما القاضيان الْمَاوَرْدِي وأبو الطيب في كتاب «الوديعة» من «المحرر» عن أبي إسحاق قال أحدهما: الشرط باطل فإن باع بأكثر واشترى بأقل جاز، والثاني: أنه صحيح أنه ربما كان له غرض صحيح وهو أنه إن كان قد عين في بيعه منه أو يشتري به منه فقد قصد منفعة، وإن أطلق ولم يعين أحدًا فيجوز أن يكون قد حلف ليبيعه بكذا أو ليشتريه بكذا فيزيد أكثر من ثمنه، انتهى، وفيه فوائد.

تنبيه: قال: بع بمائة فليس له البيع بها وهناك راغب أزيد منها على الصحيح، وبمقابله يشعر قول المصنف: وله أن يزيد فإن المفهوم منه الجواز لا غير هذا في غير المعين ما لو قال: بعه لزيد بمائة قالوا: بعين البيع منه بها وفيه ما أسلفناه بحثًا وتقوى القرينة هنا في ظهور قصد التخصيص أو الربح وغيرهما ثم رأيت من قال: لم يجز أن يبيعه بالشراء منها قطعًا.

قال الْغَزَالِي: إلا إذا علم خلافه بالقرينة هذا ما أيدناه ومثاله قوله: بعه لزيد وهو يساوي خمسين مثلًا فالظاهر أنه إنما قصد الزيادة في الثمن ويقرب من هذا ما لو قال العراقي لوكيله اذهب بهذا الغلام وبعه على صاحب الثمن أو صاحب «مصر» بألف مثلًا وهو يساوي ذلك فالظاهر أنه إنما أراد الربح لا غير وأنه لا يتعين البيع فيه كما أشرنا إليه قبل هذا ولا سيما إذا كان المعين لا يعرفه الموكل لاحظ له منه إلا لزيادة في الثمن.

فرع: قال: اشتر عبد فلان بمائة فاشتراه بأقل منها جاز وفرق بأنه في البيع ممنوع من قبض الزيادة وفي الشراء مأمور بدفع مائة فإذا دفع بعض المأمور به جاز، قاله: الْمَاوَرْدِي، فقد يقال: إن دلت القرينة على قصده محاباة البائع فإن كان يساوي خمسين مثلًا والموكل يعلم ذلك أنه لا يشترى بأقل منها وقوله: إنه ممنوع من قبض الزيادة ينازعه ما لو قال: بعه بمائة واشتراه بها فذاك، أو يتعين أو أقل، قال أصحابنا: صح والذي يقتضيه أنه إنما يصح إذا لم يعرف الموكل سيد العبد أما إذا عرفه أو قال: اشتر عبد فلان بمائة فاشتراه بأقل لم يصح لأنه

وَلَوْ قَالَ اشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصِّفَةِ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَارًا لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ؛ فَالأَظْهَرُ الصِّحَّةُ، وَحُصُولُ الْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ.

قصد محاباة الثمن، انتهى.

فرع: قال: بعه من زيد فباعه من وكيله لم يصح بخلاف قوله: زوجها من زيد؛ لأنه لا يقبل النقل بخلاف البيع هذا هو المنقول، وزعم شارح أن الْمَاوَرْدِي قال: كل صورة صح البيع فيها من المعين إما بأن نسميه أو بأن يقصده يصح وكل موضع يؤول الأمر إلى أن يجعل العقد للمشتري ينبغي ألا يصح وهذا النقل عن الْمَاوَرْدِي غلط، نعم قال ابن الرِّفْعَة بحثًا: إن تقدم قبول الوكيل وصرح بالسفارة أم لا قال: لأن الإيجاب فاسد لأنه أوقعه للوكيل بحيث يتمكن من قبوله لنفسه ولو قال: اشتر عبد فلان وكان فلان قد باعه، فللوكيل شراؤه من المشتري ذكره الْبَغَوِي في «فتاويه».

قلت: ويحتمل أن يفرق بين أن يدل الحال على محاباة فلان بالزيادة بالثمن المعين وبين أن يكون الغرض تحصيل عين العبد فقد يظهر أن يفصل من قوله: بع من زيد بين من يباشر نفسه بنفسه فلا يصح منعه من وكيله وبين ألا يكون كذلك كالسلطان والخليفة فيصح البيع من وكيله له لأنه العرف الظاهر أنه لو قال: بع هذا من أيتام زيد ونحو ذلك أن يحمل على البيع كوليهم، ولا نقول: التوكيل فاسد.

قال: (**وَلَوْ قَالَ اشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصِّفَةِ فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَارًا لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ**) أي: لأن زادت قيمتها على الدينار؛ لأنه إنما أذن في شاة تساوي دينارًا أو ظهرت المخالفة ثم إن اشترى بغير الدينار وبطل أو في الذمة ولم يسم الموكل بل نواه وقع التوكيل وإن سماه فهل يبطل أو يقع للوكيل وجهان أصحهما البطلان، واحترز المصنف بقوله: ووصفها عما لو لم يصفها، فإن التوكيل لا يصح.

قال: (**وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ فَالأَظْهَرُ الصِّحَّةُ، وَحُصُولُ الْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ**) لحديث عروة البارقي السابق في أوائل البيع.

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ ....

قال في «الأم»: وهذا أشبه القولين بظاهر الحديث، انتهى.

ولأنه حصل المقصود وزاد خيرًا فأشبه ما لو قال: بعه بخمسة فباعه بعشرة، والقول الثاني: لا تصحان للموكل لأنه لم يأذن فيهما بل اشتراهما في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل ويرد على موكله نصف دينار وللموكل أن ينتزع الثانية منه ونفوذ العقد فيهما؛ لأنه عقده له وفي قول آخر: لا يصح الشراء للموكل بل يقعان للوكيل، وإن اشتراهما بعين الدينار بنى على وقف العقود إن قلنا: لا يوصف بطل في شاة وفي الأخرى قولا الصفقة، وإن قلنا: بوقف فإن شاء الموكل أخذهما بالدينارين وإن شاء أخذ واحدة ورد الأخرى على البائع وهذا القول مشكل لأن تعين شاة للموكل أو لإبطال العقد فيما ليس بأولى من الأخرى والتحيز يشبه بيع شاة من شاتين وهو باطل، وحكي وجه في أصل المسألة أن العقد يبطل في الشاتين معًا وهو منقاس، وإن كان شاذًّا.

تنبيه: لو ساوت إحداهما دينارًا والأخرى بعضه وكما لو ساوته كل واحدة منهما على أصح الطريقين فكان الأحسن أن يقول: وإن ساوته إحداهما لئلا يوهم أن مساواة كل واحدة منهما دينارًا شرط في الصحة ولفهم منه ما إذا ساوته كل واحدة من باب أولي ولا خفاء أن الشاتين مثال وأن الحكم في غيرهما والتصوير كما تقدم كالحكم فيهما قاله: الرُّويَانِي.

قال: (**وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ**) صورتها أن يقول: اشتر بعينه فلو قال: اشتر بهذا ولم يقل بعينه ولا في الذمة فوجهان: أحدهما: هو كقوله بعينه، واختاره في «الإفصاح»، وأظهرهما عند الرَّافِعِي أنه يتخير بين الأمرين وبه جزم الدارمي قال: والنقد من العين ويحسن أن يقال: يجب على الأحوط الأحظ لموكله وإنما يأتي التخيير إذا استويا في المصلحة، ونقل ابن الرِّفْعَة الوجهين عن رواية الرَّافِعِي وابن أبي عصرون فيما إذا قال: اشتر بهذا وهو كسهو منه ولم يذكر إلا ما ذكرناه، وكذا قال: في «البحر».

قال: (**فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ**) لمخالفته لأنه ألزم ذمته ما لم

وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكِّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوْ الشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ.

وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ، بِعْتُ فَقَالَ: اشْتَرَيْت لِفُلَانٍ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قَالَ: بِعْت مُوَكِّلَك زَيْدًا فَقَالَ: اشْتَرَيْت لَهُ فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ.

يأذن فيه، ثم إن لم يصرح بالسِّفارة -وهي بكسر السين- وقع العقد، وكذا إن صرح بها في الأصح، وقيل: يبطل.

قال: **(وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ)** أي: بأن قال له: اشتر في الذمة وسلم الألف في ثمنه فخالف واشترى بعينه بطل للمخالفة، فإنه أمره بعقد يلزم مع بقاء المدفوع فتلف فيعقد عقدًا يلزم مع بقائه دون تلفه فيفوت غرض تحصيل المبيع بكل حال، والثاني: يصح؛ لأنه أقل غررًا فقد زاده خيرًا.

قال: **(وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكِّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ)** أي: كما لو قال له: بع هذا العبد فباع غيره **(أَوْ الشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ)** بأن أمره بالشراء بعين مال الموكل فخالفه واشترى في الذمة. **(فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ)** للمخالفة.

(وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ) لجريان الخطاب به وإنما يتصرف إلى الموكل بالنية بشرط موافقتها إذنه وإلا فهي ظنية لاغية، ولو كان كأجنبي اشترى لغيره في الذمة وهذا كله جواب على «الجديد» في منع وقف العقود وإلغاء تصرف الفضولي، وأما على «القديم» فالوكيل فيه كالأجنبي فتوقف الشراء في الذمة على إجارة، وكذلك الشراء بعين ماله والبيع للعبد الآخر بعقدين موقوفين على ذلك القول.

قال: **(وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ، بِعْتُ فَقَالَ اشْتَرَيْت لِفُلَانٍ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ)** فيقع العقد للوكيل وتلغو إسميته للموكل في القبول؛ لأنها غير معتبرة في الشراء، فإذا سماه ولم يمكن صرفه إليه صار كأنه لم يسمه، والثاني: يبطل العقد رأسًا؛ لأنه صار بإضافته إلى الموكل وامتنع إيقاعه له فيلغى.

قال: **(وَإِنْ قَالَ بِعْت مُوَكِّلَك زَيْدًا فَقَالَ اشْتَرَيْت لَهُ فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ)** أي:

....

بطلان العقد مطلقًا؛ لأنه لم يجز بينهما مخاطبة، وقيل: فيه وجهان وأحسبها في الصورة قبلها، واعترض معترض بأن عبارة «المحرر» و«الروضة» كـ«المنهاج» وعبارة «الشرحين» أنه ظاهر المذهب، قال: ولا إشعار له بخلاء البينة، وعن أبي محمد وجهين ينبغي أن يغيرها المصنف في الأصح، انتهى.

وهذا كلام عنَّ له وهذه الصورة قريبة من مسألة التوسط بين البائع والمشتري السابقة في البيع وعلة المنع فيها ما ذكر هنا في علة البطلان، ولو قال: اشتريته منك لموكلي فقال: بعتك، أو قال: بعتك لموكلك فلان فقال: قبلت له؛ صح، ولو قال: بعني هذا لزيد بألفٍ فقال: بعتك فالظاهر الصحة ولم أره نصًا، ولو قال ابتداءً: بعتك هذا بكذا فقال: اشتريته لموكلي وسماه ففي صحته للموكل وجهان: أصحهما نعم، والثاني: لا؛ لأنه أوجب له فيقبل كغيره، وعلى هذا ففي وقوعه للوكيل وجهان، ولو قال: بعتك هذا لنفسك، فإن شئت اشتريته لغيرك فلا أبيعه لك فاشتراه لم يصح، ولو وجد هذا الشرط قبل العقد ثم قال: بعتك فقيل: ونوى موكله صح؛ لا بناءً على أن الشرط السابق كالمقارن ذكره في «البحر».

فرع: قال: اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين فله الشراء بمائة وبينها وبين خمسين ولا يجوز الخمسين وفيما دونها وجهان أرسلاهما.

وقال في «البحر»: الصحيح أنه يقع للموكل، والثاني: وهو اختيار أبي حامد أنه يقع للوكيل، انتهى.

ولو قال: بعه بمائة ولا تبعه بمائة وخمسين فليس له بيعه بمائة وخمسين، ويجوز بما دونها ما لم ينقص عن مائة ولا يجوز بما زاد على مائة وخمسين على الأصح، فكذا قال: في «الروضة» وفي ترجيح المنع من الزيادة وقفة.

فرع: فقال صاحب «جواهر الأحكام» من متأخرينا في المائة السادسة قرينة للعرف تعرف بها المقاصد فنزل منزلة الصريح فإذا أمره بشراء الجمل في الصيف لا يشتريه في الشتاء، أو شراء الفحم في الشتاء فلا يشتريه في الصيف

....

لعموم اللفظ بقرينة الحال.

قلت: إلا أن يكون عادة الموكل استعماله في الصيف كالحداد ونحوه، وفي «فتاوى الفوراني»: أنه لو وكله بشراء جمل في الصيف فجاء الشتاء وخرج الجمل أن يكون له قيمة ثم جاء الصيف لا يجوز له أن يشتري؛ لأن العادة أنه أراد به العام الأول.

قلت: وقياسه التوكيل في شراء الدواء للمريض ونحو ذلك.

فروع: قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: لو قال: اشتر كذا، ثم كذا فترك الترتيب لم يجز بخلاف قوله: كذا وكذا، وفي فتاوى صاحبه القاضي الحسين أنه لو قال: استرد مالي من امرأتي وطلقها، ثم استرد المال نظر إن كانت المرأة غير مانعة منه يقع الطلاق ولا تحمل الواو على الترتيب، وإن كانت مانعة منه لم يقع حتى يسترده أولًا ثم طلق أو يعرف بذلك بدلالة الحال.

قال: وكذا لو أمره في زمن الحفظ بأن قال: خذ هذه الدراهم واشتر بدرهمين منها خبزًا واشتر بالباقي لحمًا فاشترى اللحم أولًا ثم اشترى الخبز لا يصح إذ الغالب فيه تقديم الخبز على اللحم، وقال في ذكره إذا قال: استرد مالي وطلقها، فطلقها قبل استرداد طلقت؛ لأنه أمره بشيئين وامتثل أحدهما، انتهى.

وهذا أرجح وعلى ما ذكره أولًا يتفرع فقه كبير وليس ذلك؛ لأن الواو للترتيب بل للقرينة المشعرة بذلك، ويجوز أن يقال: إذا كان الشيء مصلحًا وتبعًا للمقصود ألا يجوز تقديمه على المقصود إلا عند الوقوف بوجود المقصود؛ لئلا يتعذر تحصيله فلا ينتفع الموكل بالبائع بمفرده، مثاله: اشتر لي فرشًا وسرجًا ولجامًا أو عبدًا وثوبًا وبغلًا له وما أشبه ذلك ووصف المسميات المذكورة وغيرها.

فرع: ربما سبق الوعد به، قال الْمَاوَرْدِي في كتاب «الأيمان»: لو وكَّله في شراء الخبز وعادته أكل البر فاشترى له خبز الأرز لم يقع للموكل، ولو حلف لا يأكل الخبز حنث بأكل خبز الأرز؛ لأنه لا تعتبر في الأيمان عادة

وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ.

الحالف وتعتبر في الوكالة عادة الموكل دون غيره.

قلت: وهذا حسن وتتقيد به إطلاقات كثيرة في هذا الباب إن سلم له، وفي كلامهم ما ينازع فيه وبه يحصل في المسألة خلاف مثار هل النظر إلى اللفظ أو عادة الموكل؟

فصل

قال: (**وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ**) لأن الوكالة عقد إرفاق معصومة والضمير منافٍ له ومنفر، وقيل: المستعمل كالأجير المشترك في تضمينه قولان، وفرق الْمَاوَرْدِي بأن هذه فارقت الإجارة في اللزوم، فكذا في الضمان.

قال: (**فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ**) أي: قطعًا كسائر الأمناء، والتعدي قد يكون بركوب ولبس نحوهما وبتفريطه في الحفظ وهل إمساكه لما وكِّل في بيعه بلا عذر في التأخير تفريط يضمن؟ وجهان: أصحهما عند القاضي الحسين: لا، إذ لا يلزمه امتثال أمره، ولعل محلهما حيث لا يكون تركه مفضيًا إلى تلفه، فإن كان فتركه حتى يفسد بلا عذر تضييع لا محالة، وفي الباب العاشر من كتاب «الزكاة» من «التتمة»: أنه لو سلمه مالًا وقال: ادفعه إلى فلان وأمكنه ذلك فلم يسلمه حتى هلك فوجهان: يضمن كالزكاة، وأصحهما لا؛ لأن أمر الموكل ليس للوجوب بخلاف الشرع وهو موافق لترجيح شيخه وفيه ما ذكرناه.

فرع: لو دفع ثوبًا إلى دلال ليبيعه فضاع من يد الدلال، فلم يدر أنه سرق أو سقط منه أو نسيه في موضع أو سلمه إلى المشتري ضمنه، وكذا لو وضعه في موضع ونسيه لا يضمن إذا لم يقع الهلاك من جهته، قاله الْبَغَوِي في «الفتاوى».

قال: (**وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن الوكالة أمانة وإذن في التصرف فلا يلزم من ارتفاع حكم العقد وهو الأمانة بطلانه كالرهن بخلاف الإيداع، فإنه ائتمان محض وبهذا قطع بعضهم ولأجله عبر في «الروضة» بالمذهب، والثاني: تنعزل؛ لأنها أمانة فترتفع بالتعدي كالوديعة فعلى الأول لو باع بعد التعدي صح، فإن سلمه بشرطه زال ضمانه للإذن فيه ولا يزول لمجرد بيعه على

وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكِّلِ فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلُزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ يَشْتَرِطُ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكِّلِ، ....

الأصح أنه يرتفع بتلفه قبل القبض، وأما الثمن الذي يقبضه لا يضمنه؛ لأنه لا يتعدى فيه، ولو رد المبيع بعيب قال الشيخان: عاد الضمان.

قلت: كذا قاله الْمُتَوَلِّي أخذًا من قول ابن الصباغ فعندي أنه يعود مضمونًا؛ لأن المشتري إنما قبضه لنفسه فزال الضمان لذلك، فإذا فسخ العقد انفسخ القبض فعاد كما كان، وقال الرُّويَانِي: لا يضمن في المسألة، وعندي أنه لا يعود مضمونًا؛ لأن فسخ القبض مِنْ وَقْتِهِ لَا مِنْ أَصْلِهِ.

قلت: وهذا حسن ظاهر إن رده عليه الحاكم جبرًا إلا إن استرده اختيارًا.

واعلم أنهم أطلقوا عدم الانعزال بالتعدي والظاهر أن محله في غير وكيل الولي على محجوره، أما وكيل الولي والصبي فينبغي أن ينعزل جزمًا أي: الوصي بفسق إذ لا يجوز إبقاء مال محجور في يد من ليس بعدل يتصرف فيه، ثم الخلاف إذا تعدى بغير إتلاف ما وكِّل فيه، أما لو دفع إليه نقدًا أو غيره ليشتري له به شيئًا فأتلفه باستقراض أو غيره انعزل، قال الرُّويَانِي: ولو عادت الدراهم التي تصرف فيها إلى يده واشترى بها للموكل فعلى الخلاف في انعزاله بالتعدي، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنه حكم ببطلان الوكالة بذلك قبل العود، وجزم الشيخان بما ذكره لكنهما لم يذكرا انعزاله قبل عود الدراهم إليه، والذي في «الشامل» و«البيان» أنه لو استقرض الدراهم وأنفقها بطلت وكالته وجهًا واحدًا، وهذا مقتضى كلام القاضي أبي الطيب في «التعليق» والماوردي والدارمي والمتولي والظاهر أنه متفق عليه، وإذا كان كذلك فيظهر ألا يجيء الخلاف في انعزاله بالتعدي لتقدم انعزاله على عودها إلى يده.

قال: (**وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكِّلِ فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلُزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ يَشْتَرِطُ**) أي: كالصرف وسائر الربويات وسلم رأس مال السلم في مجلس العقد.

(**الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكِّلِ**)؛ لأن الوكيل هو العاقد حقيقةً.

وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكِّلُ، وَإِلَّا فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ أَوْ قَالَ لَا أَعْلَمُهَا، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا طَالَبَهُ أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكِّلِ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكِّلُ كَأَصِيلٍ، ....

فرع: قالا: متى طلب الموكل الوكيل برد ماله لزمه أن يخلي بينه وبينه، فإن امتنع صار ضامنًا كالمودع، انتهى .والمراد أنه امتنع بلا عذر، أما لو أخَّر ذلك بعذر فلا ضمان، قال الْعِمْرَانِي: قال أبو إسحاق: والعذر مثل أن يكون قد خرج إلى صلاة الجماعة فأخر ليفرغ منها، وكان يبيع ويشتري في السوق فقال: حتى أرجع إلى البيت، أو كان مريضًا فقال: لا أحب أن يتولى إخراجها غيري؛ لأني قد أحرزتها، أو كان محبوسًا فقال: حتى أخلا، أو كان في الحمام، أو يأكل فقال: حتى أفرغ، أو كان في وقت نومه، أو كان يحفظ مالًا له يخشى ضياعه، أو ملازمًا لغريم له، لأنه غير مفرط لذلك، وأطال في ذلك، وسيأتي الكلام في المسألة مستوفيًا في الوديعة إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكِّلُ، وَإِلَّا فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا**) أي: سواء اشترى بعينه أو في الذمة للعرف، وتعلق أحكام العقد بالتوكيل.

قال: (**وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ أَوْ قَالَ: لَا أَعْلَمُهَا**) زيادةً على ما في «المحرر».

قال: (**وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا طَالَبَهُ أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكِّلِ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكِّلُ كَأَصِيلٍ**) أي: ويطالب أيهما شاء؛ لأن العقد للموكل والوكيل قابل، فألزمناهما، فعلى هذا يرجع على الوكيل إذا غرم.

والثاني: المطالب الموكل فقط والوكيل سفير.

والثالث: عكسه؛ لأن أحكام العقد تتعلق به، والالتزام وجد منه، ورجحه الْغَزَالِي وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: وقال الرَّافِعِي عند الكلام في الخلع: إنه الأظهر.

....

قلت: ولفظه هناك إذا اشترى الوكيل في الذمة ونوى موكله ولم يصرح بالوكالة يطالبه البائع بالثمن مع الاعتراف بوكالة، وهذا هو الأظهر، وفيه وجه أنه لا يطالب إلا الموكل، وهذا الخلاف قد مرَّ في موضعه ويمكن أن يجيء مثله فيما نحن فيه، انتهى.

وليس هذا بنص من الرَّافِعِي على أن الموكل لا يطالب فلا يكون مخالفًا للمرجح هنا؛ لكنه قال هنا: ذلك إذا صرح الأجنبي بالوكالة؛ فالزوج يطالب الزوجة بالمال، وإن لم يصرح ونوى الوكالة فالخلع لها؛ لكن تتعلق به العهدة فيطالب ثم يرجع عليها، انتهى.

وتبعه في «الروضة» فظاهر هذا أنه المطالب وحده كما فهمه ابن الرِّفْعَة.

والرابع: أنه صرح بالسفارة لا يطالب.

قال ابن الرِّفْعَة: حكاه الْمُتَوَلِّي وصححه، وقال الإمام في باب تعجيل الصدقة: إن الوكيل إذا أضاف العقد إلى موكله لم يتعلق به الضمان أصلًا؛ لأنه لم يضف العقد إلى نفسه وهو الملتزم فلم يتضمن اللفظ التزام شيء ويوافقه قوله في باب العبد المأذون، واختلف الأصحاب في أن الوكيل بالشراء هل يطالب بالثمن إذا أضاف العبد إلى نفسه ولم يعقد العقد على صيغة السفارة؟ انتهى.

وهذا كالصريح أنه إذا صرَّح بالسفارة لا يطالب وجهًا واحدًا ويوافقه التفصيل السابق في خلع الأجنبي بوكالة الزوجة وعليه اقتصر في «الروضة»، وقوله أن الْمُتَوَلِّي صحح الرابع ليس بجيد، وعبارة الْمُتَوَلِّي: وإن اعترف بالوكالة أو كان الوكيل قد صرح حالة العقد بأنه وكيل فلان فهل يطالب الوكيل بالثمن أم لا؟ فيه أربعة أوجه:

أحدها: وهو الصحيح أنه لا يطالبه بالثمن ويكون الوكيل كالسفير في العقد.

والثاني: يثبت الثمن في ذمة الموكل والوكيل كالضامن وأصل هذين الوجهين أن الأب إذا قبل النكاح لابنه الصغير هل يطالب بالصداق أم لا؟

وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلِفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ قُلْت: وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْمُوَكِّلِ ابْتِدَاءً فِي الْأَصَحِّ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

والثالث: يثبت في ذمة الوكيل دون الموكل إلا أنَّ الوكيل إذا أدَّى الثمن رجع به على الموكل، ويكون كالحوالة على من لا دين عليه، وهذا ظاهر الفساد.

والرابع: يثبت الثمن في ذمة الوكيل ويثبت للوكيل مثله في ذمة الموكل، وهذه طريقة الملك بالشراء يحصل للموكل ثم ينتقل منه إلى الموكل، انتهى.

فرع: وكَّله باستقراض فإن صرح بالسفارة لم يطالب، وإن لم يصرح بل نوى وعلم المقرض أنه وكيل فهل يطالبه؟ حكى الإمام في باب تعجيل الصدقة أن من أصحابنا من قال: نعم كالوكيل بالشراء على ظاهر المذهب، ومنهم من قال: لا يطالب بخلاف الوكيل بالشراء، والفرق أن الوكيل في الشراء يقول: اشتريت وهذه اللفظة في وضعها تلزمه، فيجب الجريان على موجبها، وأما الوكيل بالاستقراض فلم يصدر منه ما يقتضي الضمان، انتهى.

وهذا منه يشعر بالرضا بالفرق وينبغي أن يقال: إن قال الوكيل: استقرضت بعد إيجاب المعرض إن قاله ابتداءً ينبغي أن يكون وقوله: اشتريت سواء.

قال: (**وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلِفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ**) لحصول التلف عنده، والثاني: يرجع به على الوكيل؛ لأنه سفيره ويده كيده، وعزاه القاضي الحسين إلى عامة الأصحاب، والإمام إلى العراقيين، والثالث: يرجع على من شاء منهما.

قال: (**قُلْت: وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْمُوَكِّلِ ابْتِدَاءً فِي الْأَصَحِّ، وَاَللَّه أَعْلَمُ**) لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده، والثاني: لا لتلفه في يد الوكيل، والحاصل ثلاثة أوجه أصحها أنه يُغرِّم من شاء منهما والقرار على الموكل، وبه جزم الشيخ في عدل الرهن.

تنبيه: اعلم أن تقييده أو تصويره التلف بكونه في يد الوكيل يشعر بأنه إذا

....

تلف في يد الموكل بعد دفعه إليه أن المشتري لا يطالب الوكيل، وحكى الإمام في كتاب «الرهن» في مطالبة الوكيل في هذه الحالة وجهين، والظاهر أن الأصح المطالبة بدخول الثمن في يده كما لو تلف في يده القرار على الموكل.

فرع: في «الشرح» و«الروضة» أنه إذا اشترى الوكيل شراءً فاسدًا وقبض وتلف المبيع بيده أو بعد تسليمه إلى الموكل فللمالك مطالبته بالضمان، ثم يرجع هو على الموكل والظاهر بل الصواب أنه إذا تلف في يد الوكيل وغرم لا يرجع على الموكل؛ لأن الشراء الفاسد غير مأذون فيه ولو أذن فيه فلا عبرة بالإذن، ولعلهما أرادا بالرجوع ما إذا تلف في يد الموكل فقط؛ ولكن وقع في العبارة خلل ولم أر الفرع في الكتب المشهورة.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو خرج المبيع مستحقًا، قال في «التهذيب»: يرجع المشتري على الوكيل؛ لأنه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل، وجزم بذلك في «الروضة» وطرح قوله، قال في «التهذيب»: ورأيت في «البيان» أنه لو وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها ففعل وتلف في يده من غير تفريط واستحق المبيع رجع المشتري بالعهدة على الموكل دون الوكيل.

وقال أبو حنيفة: يرجع على الوكيل أما أن البيع للوكيل وكانت العهدة عليه كما لو باع بنفسه؛ ولأن الوكيل ثابت عنه في العقد فلا يرجع بالعهدة عليه كالولي والحاكم وأمين الحاكم، انتهى.

كذلك قال الشَّاشِي في «الحلية» وصاحب «المهذب»: والظاهر أن الجواب من الخلاف للعهدة من الوكيل وعدمه، وادعى الْمُتَوَلِّي نفي الخلاف في الرجوع على الموكل قال: لأنه لو قبض شيئًا وإنما يرجع على الوكيل.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: إن كلامه عن مطالبة الوكيل بالثمن، أما ولي الطفل وولي اليتيم فإن لم يذكر في العقد اسم الطفل كانا ضامنين للثمن فلا يضمنه الطفل في ذمته وينفذ ذلك من ماله، فإن ذكراه في العقد لم يلزمهما ضمان الثمن بخلاف الوكيل على أحد الوجهين؛ لأن شراءهما لازم للمولى عليه فلم

فَصْلٌ

الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنْ الْجَانِبَيْنِ.

فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكِّلُ فِي حُضُورِهِ أَوْ قَالَ رَفَعْت الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلْتها أَوْ أَخْرَجْتُك مِنْهَا انْعَزَلَ فَإِنْ عَزَلَهُ، وَهُوَ غَائِبٌ انْعَزَلَ فِي الْحَالِ، ....

يلزم الولي ضمانه بخلاف الوكيل، ولعل ما ذكره وجه السفارة السابق في الوكيل، ويحتمل أن يخرَّج فيه خلاف من تضمين الولي الصداق.

قال:

فَصْلٌ

(الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنْ الْجَانِبَيْنِ) لضرر الإلزام كالوديعة والمضاربة والشركة؛ لأنه قد يبدو الوكيل في البيع أو الشراء وغيرهما أو في الإنابة، أو في توكيل الغير ولا يتفرع الوكيل هذا حيث لا جعل، فإن كان ووجد شرط الإجارة ولفظها فإجارة لازمة، وإن عقد بلفظ الوكالة، قالا بحثًا: أيكن بجزمه على الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها؟ انتهى.

وقال في «البحر»: لو شرط للوكيل عوضًا اختلف أصحابنا فقيل: يصير لازمًا كالإخلاف، وقال في «الإفصاح»: يكون جائزًا وهذا أصح إلا أن يعقد بلفظ الإجارة؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة.

إشارة: يحتمل أن يقال: إنه لو غاب الموكل وعلم الوكيل أنه لو عزل نفسه لا يستهلك المال قاضٍ جائر أو غيره أنه يلزمه البقاء على الوكالة إلى حضور موكله وإقامته على المال كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: **(فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكِّلُ فِي حُضُورِهِ، أَوْ قَالَ: رَفَعْت الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلْتها أَوْ أَخْرَجْتُك مِنْهَا انْعَزَلَ)** أي: في الحال كما سبق.

قال: **(فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ انْعَزَلَ فِي الْحَالِ)** كالطلاق ويخالف القاضي على المذهب لتعلق المصالح العامة به، وعلى هذا ينبغي للموكل أن يشهد

وَفِي قَوْلٍ لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ الْخَبَرُ.

على العزل؛ لأن قوله بعد تصرف الوكيل كنت عزلته لا يقبل.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ الْخَبَرُ**) كالقاضي والمعتبر خبر مقبول الرواية دون الصبي والفاسق ولا يبعد أن يقال: إن كان الوكيل يصدق المخبر انعزل باطنًا وإن كان المخبر صبيًّا أو فاسقًا وإذا اعترف بصدقه لزمه حكمه ظاهرًا.

فائدة: قال في «أصل الروضة»: وإذا جُنَّ الموكل انعزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعًا بخلاف العزل، انتهى.

وأخذه من قول الرَّافِعِي في توجيه القول الأظهر في نفوذ العزل في الحال في الغيبة فلأنه لو جن الموكل انعزل الوكيل وإن لم يبلغه الخبر؛ لكن الدارمي قال: إذا عزله الموكل أو مات أو جُن أو أغمي عليه بطلت الوكالة، فإن لم يعلم حتى عقد عقودًا فعلى قولين: أحدهما: يبطل ما عمله، والثاني: لا يبطل حتى يعلم، انتهى.

فرع: على المذهب لو تلف المال في يده بعدما عزله لم يضمن، ولو باعه وسلمه إلى المشتري جاهلًا بعزله.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: ينبغي ألا يلزمه الضمان لبقاء الأمانة، وقال في «البحر»: إذا قلنا: ينعزل قبل العلم.

قال القاضي الطبري: رأيت المخلصين من أصحابنا لا يزيدون على بطلان التصرف، ولم يتعرضوا لذكر الضمان، ورأيت بعض أصحابنا في الكلام مع المخالف سلم أنه إذا سلمهما ضمن، وحجته أن الشَّافِعِي قال في الوكيل: إذا قبل بعد العفو يلزمه الدية بالكفارة فلما صح العفو جعل النفس مضمونة عليه فكذا هنا.

قلت: وأجاب الْغَزَالِي والشاشي في فتاويهما على قول الانعزال، فإنه لو اشترى قبل علمه بالعزل شيئًا وقبض المبيع وتلف في يده فغرَّمه البائع الثمن رجع به على الموكل؛ لأنه إن انقطع الإذن بقي الغرم وهو كافٍ في الرجوع.

وَلَوْ قَالَ عَزَلْت نَفْسِي أَوْ رَدَدْت الْوَكَالَةَ انْعَزَلَ. وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ، وَكَذَا إغْمَاءٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَلَوْ قَالَ: عَزَلْت نَفْسِي أَوْ رَدَدْت الْوَكَالَةَ**) أي: أو فسختها أو أبطلتها أو نقضتها أو أخرجت نفسي عنها ونحو ذلك.

(**انْعَزَلَ**) أي: قطعًا سواء كان الموكل حاضرًا أم غائبًا.

قالا: وقال بعض المتأخرين: إن كانت صيغة الموكل أمرًا: كبع واعتق ونحوهما من صيغ الأمر لم ينعزل برد الوكالة وعزله بنفسه؛ لأن ذلك إذن أو إباحة فأشبه ما لو أباحه الطعام لا يريد بردِّ المباح له، انتهى.

والإمام أورد ذلك احتمالًا، وفي «البسيط» إن في كلام القاضي إشارة إليه، وكلام «المهذب» يقتضي المنع في المفلس عليه وهو أن الإباحة ترتفع.

قال: (**وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ، وَكَذَا إغْمَاءٌ فِي الْأَصَحِّ**) كان الأحسن الاقتصار على قوله: «عن أهلية التصرف» [أَنَّهُ لَا عَزْلَ بِرِدَّةِ أَحَدِهِمَا] وفي الإغماء وجه لتدخل مسائل كثيرة:

منها: الموت والجنون.

ومنها: خروجه عن أهلية التصرف في الموكل فيه دون غيره.

ومنها: لو حجر عليه لسفه أو فلس وكان الموكل فيه لا ينفذ منه، وكذا لو طرأ رق أو فسق فيما شرطه العدالة والحرية، قاله الرُّويَانِي والعمراني.

تنبيهات وفروع:

قال ابن الرِّفْعَة: الصواب أن الموت ليس بعزل؛ بل الوكالة تنتهي به كالنكاح، انتهى.

وقد يقال: ذلك في الجنون المطبق المتصل بالموت ولم يبيَّن لي ثمرة ذلك المشهور والجزم بالانعزال بمطلق الجنون، وتردد في «التقريب» في الزائل عن قرب، وضبط الإمام موضع التردد بأن يكون امتداده لا يبطل المهمات ولا يحوج إلى نصب قوام، فإنه حينئذٍ كالإغماء ترجيح الانعزال والإغماء، ذكره في «الوجيز» إلحاقًا له بالجنون وتبعاه عليه، وصحح جماعة

وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ الْمُوَكِّلِ.

المنع منهم الإمام، وصححه في «الوسيط» وقال في «البسيط»: ألحقه أبو محمد بالجنون، وقطع صاحب «التقريب» بخلافه، وإليه أشار الأصحاب فإنه لا يوجب كونه موليًا عليه، انتهى.

وعن القاضي الحسين: أن المنع ظاهر المذهب وهذا هو الأصح؛ لأنه لا يلحق بمن يولى عليه فأشبه النائم، وفهم ابن الرِّفْعَة من تعليل الْغَزَالِي أن مراده إذا لم تطل مدته بحيث يولى عليه، وذكر أن في «البحر» التصريح بنقل الخلاف في هذه الحالة عن رواية أبي علي الزجاجي، انتهى.

أخبر بعض الشارحين أنه لا يقتضي العزل مطلقًا ولا سلب الولاية وإن طالت مدته؛ لأنه معين بالغالب أنها لا تطول فلا مانع أن النادر منه يلحق الغالب.

ورأيت في «اللطيف» لابن خيران أنه إذا غلب على عقل الوكيل انفسخت بخلاف العكس، وسبق في الشركة كلام الْمَاوَرْدِي والروياني في الإغماء، وعن الفارقي أن الإغماء المؤثر ما أبطل الصوم دون ما لا يبطله لو عجز عن رمي الجمار فوكَّل من يرمي عنه، ثم أعتقه أو باعه.

قال المصنف: انعزل على الأصح ونسبه إلى الْمَاوَرْدِي والجرجاني والذي رأيته في «الحاوي» تخصيص الخلاف بالعتق، أما لو باعه قال: تبطل الوكالة وجهًا واحدًا، وفي «تحرير الجرجاني» إذا وكَّله في بيع أو شراء ثم أعتقه بطلت وكالته، وكذا إن باعه ولم يرض به المشتري وإن رضي به فعلى وجهين، انتهى.

وقيل: إن كانت الصيغة: وكلتك- بقي الإذن، وإن كانت: بع ونحوها- ارتفع.

قال: **(وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ الْمُوَكِّلِ)** أي: ببيع وهبةٍ ووقفٍ وعتقٍ وغيرها لاستحالة بقاء الولاية والإجارة كان عزلًا، وإن جوزنا بيع المستأجر، قال الْمُتَوَلِّي: وسكتا عليه، وتزويج الأمة عزل، وفي طحنه الحب وجهان أرسلاهما، وقال الْمُتَوَلِّي: أصلهما لو اختلف لا يأكل هذه الحنطة فأكل بعد الطحن، وقضيته ترجيح العزل.

وَإِنْكَارُ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي الْإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ، فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ انْعَزَلَ.

قال الشيخ: وليس الغرض على البيع والتوكيل فيه يعزل قطعًا، قال في «وصايا الحاوي»: ووجه أن التوكيل عزل للأول ولا خفاء أن مكاتبة العبد وتدبيره عزل، وهل الإرضاء به وهبته قبل إقباضه عنه؟ الظاهر نعم لإشعارهما بالإعراض عن البيع.

قال: (**وَإِنْكَارُ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي الْإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ**) أي: لعذره بالنسيان والإنكار (**فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ انْعَزَلَ**) إذ لا عذر.

واعلم أن هذا وجه ترجيح من ثلاثة أوجه أوردها الْغَزَالِي، قال الرَّافِعِي: ولم أعثر على هذه المسألة في «النهاية»؛ ولكن أورد قريبًا من هذه الأوجه في إنكار الموكل.

قلت: والذي رأيته في «النهاية» في إنكار الموكل وجهان: أصحهما: المنع أشهرهما يكون عزلًا، وأبدى الثالث احتمالًا بلفظ: ولا يبعد أن يقال: إن تعمد الكذب كان عزلًا وإن سها لا يكون عزلًا، وكذا قال الْغَزَالِي في «البسيط»: إن الوجهين يلتقيان على ما لو أقرَّ بالطلاق كاذبًا هل يكون ناسيًا ويبعد في الطلاق جعله إنشاءً، انتهى.

وقال الإمام في باب التدبير: لو قال بعد ثبوت الوكالة: لست وكيلي وجب القطع بخروجه عن كونه وكيلًا بعد نقله الوجهين، قال في «البسيط» هناك: وفي إنكار الموكل الوكالة طريقان منهم من حكى وجهين، ومنهم من قطع بأنه عزل؛ لأن الأحظ الأكثر للموكل، ولو قال: لست وكيلي لا ينعزل، وإن قال: ما وكلتك فهذا يتضمن النفي في الحال، انتهى.

وحينئذٍ التفصيل المجزوم به في «الكتاب» احتمال للإمام في إنكار الموكل أو أعرض عنه بما قاله في التدبير إلا أن يحمله إطلاقه هناك على تقييده هاهنا، ونقل الوجهين في «الإشراف» في إنكار الموكل والوصي، وقال: الأصح أنه ليس بعزل فيهما؛ لأن الإنكار يتردد بين الصدق والكذب والعزل إنشاءً لا يتصور فيه الصدق

فصل

إِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا أَوْ صِفَتِهَا بِأَنْ قَالَ وَكَّلْتنِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً أَوْ الشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ، فَقَالَ بَلْ نَقْدًا أَوْ بِعَشَرَةٍ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكِّلَ أَمَرَهُ فَقَالَ بَلْ بِعَشَرَةٍ وَحَلَفَ، ....

والكذب، وصحح الشيخان في باب التدبير أن إنكار الوكيل الوكالة عزل.

وبه أجاب القاضي الحسين في «الفتاوى»، وعن الجوري ما يدل على إنكار الوكيل للوكالة ليس بعزل، قيل: ولعل انعزال ما من إنكار الوكيل على إنكار الموكل، ويجوز أن يكون اشتبهت عليه المسألة.

قلت: وهو أقرب فإن الإيجاب والنفقة لا تورد نقلًا صريحًا يثبت الأصل وما ألحق به ولعل التفصيل في الانعزال في نفس الأمر، وأما في الحكم الظاهر فالظاهر أنه ترتب على إنكاره حكمه لا محالة ولا يقبل منه دعوى النسيان والعذر في حق الغير، وأبدى بعضهم الخلاف في إنكار الجاهل بالوكالة، وفيه وقفة وكأن المراد المؤاخذة بذلك لا أنه إنشاء عزل.

فصل

قال: **(وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا)** أي: أصل الوكالة.

(أَوْ صِفَتِهَا بِأَنْ قَالَ: وَكَّلْتنِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً أَوْ الشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ، فَقَالَ: بَلْ نَقْدًا أَوْ بِعَشَرَةٍ) أي: أو غير ذلك من الصفات.

(صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ)؛ لأن الأصل في الأولى: عدم التوكيل، وفي الثانية: عدم الإذن فيما يزعمه الوكيل من الصفتين وغيرهما؛ لأن الموكل أعرف بإذنه ومتى قبل قوله في شيء قبل في صفته.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكِّلَ أَمَرَهُ)** أي: بالشراء بها.

(فَقَالَ:) أي: الموكل.

(بَلْ بِعَشَرَةٍ) يعني: إنما أذنت له في الشراء بعشرة.

(وَحَلَفَ) أي: الموكل حيث لا بينة للوكيل بما ذكره من الإذن بالعشرين.

فَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْمُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ وَقَالَ بَعْدَهُ اشْتَرَيْته لِفُلَانٍ وَالْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَذَّبَهُ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ، وَوَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ، وَكَذَا.

إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ وَكَذَا إنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ،

(**فَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْمُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ وَقَالَ بَعْدَهُ**) أي: بعد العقد.

(**اشْتَرَيْته لِفُلَانٍ وَالْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ**) أي: في الأمرين.

(**فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ**)؛ لأنه ثبت بتسميته الموكل في الأولى، وبتصديق البائع في الثانية أن الشراء أو المال للغير، ويثبت بيمين الموكل أنه لم يأذن في الشراء بذلك المقدار فبلَّغوا الشراء والجارية لبائعها، وعليه رد الثمن إن كان قد أخذه، وكذا لو ثبت أنه قبل الشراء أقدار هذا المال لزيد اشترى لربه هذه الأمة.

قال الرُّويَانِي: وأقام بيِّنةً على أن الثمن الذي اشترى به ملك موكله.

قال: (**وَإِنْ كَذَّبَهُ**) يعني: البائع بأن قال: اشتريتها لنفسك والمال لك.

(**حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ، وَوَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ**) أي: إن ادعى الوكيل علمه بها.

قال: (**وَكَذَا إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ**) وكذا إن اشترى في الذمة ولم يسم الموكل) أي: بل نواه وكذبه البائع كانت الجارية للوكيل، والشراء له ظاهرًا؛ لأنه صدقه قبل الحكم كما صدقه عند التسمية كما سيأتي فيما أحسبه.

وزعم شارح: أن ظاهر كلام المصنف والإمام أنه لا فرق في وقوع العقد للوكيل بين أن يصرح بالسفارة أم لا، ولا بين أن يصدق البائع الموكل أو يكذبه، انتهى. وهذا غير سديد.

قال: (**وَكَذَا إنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: بأن قال: أنت مبطل في تسميتك له فيلزم العقد للوكيل، كما لو اقتصر على النية، هكذا قال الرَّافِعِي، والظاهر أنه أراد من أصله الوجهان وهما الوجهان السابقان في

وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشِّرَاءُ، وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالْمُوَكِّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ إِنْ كُنْت أَمَرْتُك بِعِشْرِينَ فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِهَا، وَيَقُولُ هُوَ اشْتَرَيْت لِتَحِلَّ لَهُ.

قوله: «وإن سماه فقال البائع بعتك، فقال: اشتريت لفلان فكذا في الأصح».

ونقل في «البيان» كما في «الكفاية» و«الشرحين» و«الروضة» ثم قال: هكذا ذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»، وقال المحاملي: إذا اشترى في الذمة وذكر أنه يشير بها للموكل فعلى الوجهين، سواء صدقه البائع على ذلك أو كذبه.

قال: (**وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشِّرَاءُ**) أي: لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل وتعذر إمضاؤه له، ويمكن أن يعاد قوله: وإن صدقه إلى حالتي التسمية وعدمها إذا صدقه على النية.

قال: (**وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالْمُوَكِّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ**): وحيث حكم بالشراء للوكيل يستحب للقاضي أن يرفق بالموكل ليقول للوكيل: (**إِنْ كُنْت أَمَرْتُك بِعِشْرِينَ فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِهَا، وَيَقُولُ هُوَ: اشْتَرَيْت لِتَحِلَّ لَهُ**) أي: ولمن يفتعل إليه منه، هكذا نص عليه الشَّافِعِي، قال أصحابنا: إن أطلق الموكل ولم يعلق صح، وكذا إن علق في الأصح.

قال في «الروضة»: لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط، فلا يضر التعرض له، وسواء أطلق البيع أم علقه لا يجعل ذلك إقرارًا بما قاله الوكيل، وهكذا قال الرَّافِعِي في شرحيه، وفيه إشكال؛ لأنه إذا لم يجعل بالإطلاق مقرًا بما قاله الوكيل وله طريق غير التعليق فكيف يقال: إنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط؟، وحكم في «الشامل» بأن الوجه القائل للأصح خطأ.

قال: لأن الموكل إذا أطلق قوله: «بعتك»؛ يكون إقرارًا منه تكذيبًا لنفسه فيما ادعاه فلا بأس به، وأما الشراء بالشرط المذكور فلا يضر؛ لأنه أمر واقع يعلما وقوعه، مثل أن يتفقا على شيء أنه ملك أحدهما ثم يقول: إن كان ملكي فقد بعتك فيصح، وكذلك كل شرط علما وجوده، انتهى.

وحكى الْمُتَوَلِّي في كون قوله: «بعتك» إقرارًا منه بالملك له وجهين، ونقل

وَلَوْ قَالَ أَتَيْت بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ، وَفِي قَوْلٍ الْوَكِيلُ، ....

الْعِمْرَانِي كلام ابن الصباغ وأقره، وحينئذٍ من يقول عند الإطلاق يكون مقرًّا فحسن منه أن يقول: لا طريق له إلا ذكر الشرط، وأما غيره فلا يحسن منه ذلك.

فرع: قضية كلام الشيخين وغيرهما أنه إذا امتنع الموكل من الإجابة إلى التلفظ بالبيع أن القاضي لا يقوم مقامه في ذلك.

وقال الدارمي: إذا امتنع الموكل من الإجابة فهل يفعله الحاكم عنه؟ على وجهين، انتهى. والأقرب إلى كلام الجمهور المنع وبقية تفريع المسألة مشهورة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَتَيْت بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ**) أي: بيمينه؛ لأن الأصل بقاء مسلكه وعدم ما ادَّعاه الوكيل.

(**وَفِي قَوْلٍ: الْوَكِيلُ**) أي: بيمينه على ذلك، وصححه القاضيان الطبري والروياني، والشيخ أبو علي في غير «شرح التلخيص» ونسبه إلى تخريج ابن سُرَيْج وهو منصوص، وقال كثيرون من العراقيين: إنه الأقيس، ونسب الشيخ أبو علي وغيره الأول إلى الأكثرين، وحكي عن شُرَيْح قولًا ثالثًا: أنه يقبل قوله فيما ينفرد بإيقاعه كطلقت وأعتقت وعفوت دون ما لا يتم به وحده كالبيع، ودفع المال للغير فلا يثبت إلا بالبينة، ولا تقبل دعواه للفعل إذا كذَّبه الموكل، قال أبو علي: وهذه الأقوال كلها تحكى عن أبي العباس، انتهى.

وفي محل القولين الأولين طرق: أحدها: أنهما فيما إذا اختلفا مع بقاء الوكالة أما لو اختلفا بعد انعزاله لم يقبل إلا ببينة، وبهذا جزم الرَّافِعِي، والثانية: عكسها، والثالثة: جريان القولين في الحالتين ولا فرق في جريانهما بين أن يدعي الوكيل التصرف أولًا أو الموكل أولًا عدمه.

وحكى الإمام في كتاب «الرهن» عن القاضي الحسين أن القول قول الوكيل في الحالة الأولى، وحكى الخلاف في الثانية، ولا فرق عند الجمهور بين ما ينفرد به الوكيل وغيره كما سبق، هذا تلخيص المنقول المشهور.

وادَّعى الإمام هنا إن الطريقة المشهورة للأصحاب أنه إذا ادعى الرد على

....

ثالث فذكر التفصيل المذكور في قضاء الدين رد الوديعة والإشهاد ويذكر في غيبة الموكل وحضوره.

قال: وذكر ابن سُرَيْج في جميع ذلك ثلاثة أقوال حكاها صاحب «التقريب» والشيخ أبو علي القول قول الوكيل في الجميع، والثاني: عكسه، والثالث: إن ادعى ما يتصور أن يكون لفظه إنشاءً له فيقبل، وإن قال: رددت المال على ثالث أو قبضته فلا يقبل قوله.

قال: وقياس هذا أنه لو قال: بعت العبد الذي أمرتني ببيعه لا يقبل منه، فإن تجرد قوله: بعت لا يستقل إنشاءً إذ لا بدَّ في البيع من تقدير القول وهذا في حال فيه احتمال، انتهى.

وذكر في كتاب «الرجعة» أنه لو ادعى الرجعة والعدة باقية في حال دعواه، فإن المذهب تصديقه، وفي وجه: القول قولها، قال: وهو بعيد جدًّا ويلزم على قياس ذلك أن يقال: إذا وكَّل دليلًا ببيع شيء من ماله فادَّعى الوكيل بيعه وأنكر الموكِّل ولم يعزله عن الوكالة أن يكون القول قول الوكيل؛ لكن لا خلاف في تصديق الموكل، ولو طرد هذا القائل قوله في الوكيل كان هاجمًا على الإجماع وإن سلمه عند الفرق بين رجعة الزوج وتصرف الوكيل وهذا الوجه أراه غلطًا، انتهى.

هذه هفوة منه- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى- وقد نص الشَّافِعِي في مواضع على تصديق الموكل ورجحه الأكثرون لا جزم، قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب» هناك وهذا من الإمام هجوم عظيم على تخطئة العلماء وتغليطهم، والخلاف شهير عند العراقيين، انتهى.

وأما الوجه المذكور في الرجعة فذكر بعضهم أنه الصواب ومقتضى كلام الأصحاب وسيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

فرع: قال في «البحر»: لو وكَّله بشراء عبد فقال الوكيل: اشتريته بألف، وقال الموكل: بخمسمائة فالقول قول الوكيل، وقال أبو حنيفة: إن كان الألف

وَقَوْلُ الْوَكِيلِ فِي تَلَفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ وَكَذَا فِي الرَّدِّ، وَقِيلَ إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَلَا.

وَلَوْ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ، ....

بيد الوكيل فالقول قوله، وإن لم يكن بيده فالقول قول الموكل، وهذا غلط؛ لأنه يقبل قوله في أصل الشراء فكذلك في قدر ثمنه، هذا ذكره في «الحاوي».

وقال بعض أصحابنا: فيه قولان أيضًا المشهور في كتبه أن القول قول الموكل، وهذا اختيار أبي حامد وفي هذا نظر عندي، انتهى لفظه.

والظاهر أن ما ذكره الْمَاوَرْدِي مفرع على القول بتصديق الوكيل في أصل الشراء؛ بل كلامه مصرح به وهو قوله؛ لأنه يقبل قوله في أصل الشراء.

فرع: لو أطلق الوكيل أو أعتق أو باع بكتابة ونازعه الموكل في النية لا غير فالظاهر تصديق الوكيل على القولين، ولو صدقه الموكل على التصرف؛ ولكن قال: كنت عزلتك قبل التصرف فقال الوكيل: بل بعده فهو كما لو اختلف الزوجان في الرجعة كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَقَوْلُ الْوَكِيلِ فِي تَلَفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ**) كالمودع؛ لكن إن أفسد التلف إلى سبب ظاهر فلا بدَّ من البينة على وجوب السبب، ثم يصدق بعد ذلك في التلف به بيمينه كما يأتي بيانه في الوديعة إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَكَذَا فِي الرَّدِّ**) أي: على موكله كالمودع؛ لأنه ائتمنه وهذا إذا لم يسبق دعوى الرد سبب مضمن كما يأتي في المودع، وقيَّد شارح كلام «الكتاب» بما إذا ادعى الرد مع بقاء ولايته، أما لو ادعاه بعد عزله لم يقبل قوله إلا ببينة وهو متابع لشيخه ابن الرِّفْعَة في «المطلب» فإنه قال: إن قبول قوله في الرد محله حال قيام الوكالة فإن كان بعد العزل فلا، وقضية إطلاق الشيخين وغيرهما عدم الفرق.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَلَا**)؛ لأنه قبض العين لمصلحة نفسه كالمرتهن، قال الشَّاشِي في «الحلية»: وهو المذهب كالمستأجر، انتهى. والظاهر أنها طريقة العراقيين.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ**)

وَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ قَالَ قَبَضْت الثَّمَنَ وَتَلِفَ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ إنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، وَإِلَّا فَالْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

أي: بلا خلاف؛ لأنه لم يأتمنه فلا يقبل قوله عليه.

قال: (**وَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لأنه يدعي الرد على غير من ائتمنه فليقم البينة عليه، والثاني: يلزمه؛ لأنه معترف بإرساله ويد رسوله كيده وكأنه ادعى الرد عليه، وبه أفتى ابن الصلاح - رحمه الله تعالى - وقال: إذا ادَّعى أنه أشهد وضاعت الحجة فلا ضمان، ولو صدقه على الدفع إلى رسوله فهل يغرم بتقصيره بترك الإشهاد على وجهين قياس الترجيح في نظائره أن يكون الأصح أنه لا يغرم، وعبارة الدارمي هنا: وإن أمره إن سلَّم وديعته فلا يشهد فوجهان: الأصح ضمان، ويذكر في آخِر الباب من «الروضة»: أنه لو وكَّله بقبض دين أو استرداد وديعة فقال المديون والمودع: دفعته وصدقه الموكل وأنكر الوكيل هل يغرم الدافع بترك الإشهاد؟ وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الإشهاد ردًا.

قلت: الأصح أنه لا يغرم والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ قَبَضْت الثَّمَنَ وَتَلِفَ**) أي: والغرض أن له ولاية قبضه بالتنصيص أو الإطلاق.

(**وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ إنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، وَإِلَّا**) أي: وإن كانت دعواه تلف الثمن بعد تسليم المبيع.

(**فَالْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن الموكل يدعي خيانته وتقصيره بالتسليم بلا قبض، والأصل بقاء أمانته وعدم خيانته كما لو قال موكله: طالبتك برد المال الذي دفعته إليك أو بثمن المبيع الذي قبضته فامتنعت مقصرًا إلى أن تلف فقال: لم تطالبني ولم أكن مقصرًا، فالقول قوله.

وقيل: القول قول الموكل؛ لأن الأصل بقاء حقه كما في الحالة الأولى.

واعلم أن ظاهر كلام «الكتاب» قصر الخلاف على الحالة الثانية كما في «المحرر» لكنهما في «الشرحين» و«الروضة» نقلًا في أصل المسألة طريقين:

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ فَقَالَ قَضَيْته وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ،

أحدهما: أنه كما لو اختلفا في البيع وسائر التصرفات، وأظهرهما أنه إن اختلفا في تسليم المبيع فالقول قول الموكل، وإن كان بعده فوجهان:

أحدهما: أن الجواب هكذا؛ لأن الأصل بقاء حقه أن المصدق الوكيل لما قدمناه، وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقًا أو جاهلًا، فإن أذن في التسليم قبل القبض أو في البيع بثمن مؤجل أو في قبض الثمن بعد الأجل فهنا لا يكون جانيًا بالتسليم قبل القبض فيكون حكم الاختلاف قبل التسليم، فإن صدقنا الوكيل فحلف على شيء يراه المشتري وجهان.

قالا: في «الروضة» وأصلها: أصحهما عند الإمام يبرأ، وأصحهما عند الْبَغَوِي لا؛ لأن الأصل عدم القبض ولم يذكر في «الشرح الصغير» ترجيح الإمام بل تصحيح الْبَغَوِي لا غير، ونقل ابن الرِّفْعَة ترجيح الإمام عن القاضي الحسين قال: وهو ما حكاه الْبَنْدَنِيجِي عن ابن سُرَيْج وصححه الْغَزَالِي في «البسيط».

قال الشيخان: فإذا حلف وبرأ المشتري ثم وجده المشتري بالبيع عيبًا فإن رده وغرمه لم يرجع الموكل به على الوكيل لاعترافه بأنَّ الوكيل لم يأخذ شيئًا، وإن رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل ولا يلزم من تصديقنا الوكيل إلى الدفع عن نفسه بيمينه إن قلت: بها خفاء على غيره، انتهى.

وقال الإمام: الذي يقتضيه القياس أنَّا إذا قدمنا حكم تصديقه، وقلنا يبرأ المشتري إن ثبت له الرجوع، انتهى.

وحكى في «البحر» الرجوع عن بعض الأصحاب وفي «البسيط» أنه غير بعيد ولكن لا قائل به بنسيئة لعمومه، انتهى. ولعل الرُّويَانِي أراد الإمام والله أعلم.

إشارة: والأحسن إعادة قول «المنهاج» على المذهب إلى أصل المسألة، ويؤيده قوله على المذهب وإلا لقال الأصح.

قال: (**وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ فَقَالَ: قَضَيْته وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ؛ صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ**) إذ الأصل عدم القضاء، فإذا حلف طالب الموكل بحقه لا

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

الوكيل ووقع في «نسخ المحرر» في قبض دين فقال: قبضته وهو تحريف من النساخ، قاله في «الدقائق» وصاحب «تهذيب المحرر» وصورها فيه.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**)؛ لأنه أمره بالدفع إلى من لم يأتمنه وكان من حقه الإشهاد عليه، والثاني: يصدق بيمينه لأنه ائتمنه فأشبه دعواه الرد عليه، فعلى الأظهر ينظر إن ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضرة الموكل فلا رجوع للموكل عليه على الأصح، وإن دفع في غيبته رجع سواء صدقه الموكل في الدفع أم لا، وقيل: لا يرجع إذا صدقه؛ لأن الذي دلَّ عليه اللفظ القضاء لا غير فلا يحصل مفرطًا بترك غيره، وقيل: لا يرجع سواء صدقه الموكل في الأداء أم لا.

قال ابن الرِّفْعَة: وخص الْمَاوَرْدِي محل الخلاف في كتاب «الوديعة» في ضمان الوكيل عند تصديق الموكل إذا لم يكن الدين ببينة، فأما إن كان ببينة فإنه يضمن وجهًا واحدًا.

إشارة: لو شهد الموكل فماتوا أو جنوا أو غابوا فلا تلزم وإن أشهدوا جهرًا أو مستورين فوجهان وكل ذلك كما سبق في رجوع الضامن.

قال الْمُتَوَلِّي: والقول قوله في الإشهاد.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو اختلفا فقال الوكيل: دفعت بحضرتك وأنكر الموكل فالقول قول الموكل مع يمينه، قال ابن الرِّفْعَة: جزم به الرَّافِعِي وقال ابن الصباغ: عندي أن القول قول الموكل مع يمينه كما لو ادَّعى الرد إليه وهذا ما حكاه الرُّويَانِي عن بعض أصحابنا وأورده الْمُتَوَلِّي، انتهى.

والمتبادر من كلام «الشامل» و«التتمة» أو الظاهر أن الكلام فيما إذا أعطاه عينًا ليودعها ثم اختلفا لذلك فراجعها.

إشارة: وكله في استيفاء دين فقال: استوفيته وتلف في يدي صدق الموكل بيمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل؛ لأن الأصل بقاء حقه، وقيل فيه الخلاف فيما إذا اختلفا في البيع ونحوه.

وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال: (**وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ**) أي: وإيناس الرشد.

(**يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ**) لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: ٦].

فدلَّ على أنهم لو جحدوا احتاج إلى البينة وخالف الاتفاق لعسر إقامة البينة عليه، والثاني: يصدق بيمينه لأنه أمين وتحمل الآية على الإشهاد.

واعلم أنه أراد «بالقيم» أمين الحاكم والموصي كما بينته في «الروضة» وحكى الْمَاوَرْدِي في الوصي وجهين: أحدهما: أنه كأمين الحاكم، والثاني: أنه كالأب وزاد بأن أمين الحاكم قيم مقام الحاكم، وقوله: في الرد غير المقبول بخلاف الحاكم، وقد أفهم كلام الْمَاوَرْدِي «الأب» يصدق بلا بينة وهو ظاهر كلام الشيخين وبه صرح غيرهما، وممن صرح به الإمام في كتاب «الوديعة».

لكن الجواب في «الشامل» في كتاب «الوصايا» بإلحاق الأب الوصي والقيم في أنه لا يقبل قوله في الرد إلا ببينة، وهو ظاهر المذهب في الجميع كما بينته في «الغنية» هناك وكان الأحسن أو الصواب أن يقول: والولي إذا ادعى دفعه المال في المسألة وكذا صورها الدارمي وغيره.

وصرح الْغَزَالِي هنا في «الوسيط» و«البسيط» بنقل الوجهين في الولي، وقال في القيم: لم يصدق على الظاهر للآية، والملخص أربعة أوجه، القبول مطلقًا، ثانيها: عكسه، ثالثها: يصدق الأب والجد دون غيرهما، رابعها: يصدق وصيهما.

وإذا قلنا: قول الولي فلا بدَّ من يمينه، وفي «الذخائر» أن اليمين في حق الأب والجد وأخيه واجبة أو مستحبة على وجهين، انتهى.

والظاهر الوجوب والمراد به أنه إذا نكل حلف المحجور وأغرمه.

فرع: ولي السفيه والمجنون إذا ادعى دفع المال بعد رشده كولي الطفل فيما ذكرناه، وأما الحاكم إذا ادعى دفع المال إليهم فقضية كلام «الحاوي» أنه يصدق

وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلَا مُودِعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ لَا أَرُدُّ الْمَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ.

بلا بينة كالأب عنده، والظاهر أنه كالأب والجد عند من يسوي بين الجميع واجب أي: رأيته مسطورًا كذلك، وعلى تقدير قبول قوله فيجب أن يكون ذلك في القاضي العدل الأمين كما ذكره الأصحاب في «الوديعة»، وبيناه في «الغنية» بل لا يجوز لغير الأمين وضع يده على مال اليتيم ونحوه ويجب أن يكون قبول قول القاضي الثقة عند من يراه إذا ادعاه وهو قاضٍ لا بعد عزله وانعزاله.

قال: **(وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلَا مُودِعٍ)** أي: مع بقائه أمينًا على ما بيده.

(أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ: لَا أَرُدُّ الْمَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ فِي الْأَصَحِّ) لأنه مصدق في الرد، والثاني: له تحررًا من الاختلاف واليمين، والثالث: إن لم يقتض الإشهاد تأخير التسليم فله وإلا فلا، والرابع: إن كان قد قبض بإشهاد فله ذلك وإلا فلا وقد يقوى هذا، والثاني: إن كان قاضي البلد يرى أنه لا يقبل قوله في الرد إلا بالبينة.

قال: **(وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ)** أي: إن كان عليه بينة بالحق قطعًا لحاجته إلى بينة الأداء، وكذا إن لم يكن عليه بينة على ما صححه الْبَغَوِي، وأورده المراوزة، ونسبه في «البسيط» إليهم، واقتضى إطلاق «المنهاج» وأصله الجزم به، وعبارة «الشرح الصغير» فوجهان: أصحهما عند صاحب «التهذيب»: أن له أن يمتنع من الأداء؛ لأن قوله في الرد غير مقبول، والثاني: المنع لأنه لا سبيل مِن أن يقول: ليس عندي شيء ويحلف عليه، وزاد في «الشرح الكبير» وهذا ما أورده المشايخ العراقيون، فافهم ترجيحه، وعبارة «الروضة» فوجهان، صحح الْبَغَوِي الامتناع وقطع العراقيون بعدمه، وعلله بما سبق ولم يقطع به العراقيون؛ بل أرسل صاحب «المهذب» وغيره الوجهين بلا ترجيح.

وجزم الْمَاوَرْدِي بالأول، ونسب الْعِمْرَانِي ترجيح التفصيل إلى الأكثرين، وذكر بعضهم على وفاق بينهما وخلاف الوجه الثالث في القسم الأول هنا، ومال إليه ابن الصباغ.

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ وَكَّلَنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى وَكَالَتِهِ.

وَلَوْ قَالَ أَحَالَنِي عَلَيْكَ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ.

تنبيهات: ما ذكره في الوكيل والمودع ونحوهما هو فيما إذا كان المؤتمن له الدين يقبل قوله في الرد عليه هو الطالب بالرد دون غيره.

وفي تعليل الوجه الثاني في القسم الثاني تمكينه من الجحود والحلف نظر؛ لأنه قد يكون عليه ببينة لا يشعر بها فيعرض نفسه للأذى وقد يرفعه إلى قاضٍ لا يقنع منه بالجحود المطلق كليس له عندي شيء ونحوها بل قد يكون قاضي البلد كذلك، نعم في تجويز التأخير للغاصب ونحوه للإشهاد إشكال من جهة استمرار المعصية ولا سيما عند تطاول التأخير لفقد الشهود وقد يكون المغصوب ونحوه مما يفسد بالتأخير إلا الإشهاد فتأمله والمديون هنا كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان، ودخل في قوله ومن لا يقبل قوله في الرد مسائل كثيرة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: وَكَّلَنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ**) أي: المديون ورد اليد.

(**فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ**)؛ **لأنه محق بزعمه.**

(**وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى وَكَالَتِهِ**)؛ لاحتمال إنكار الموكل وتغريمه.

وقال الـمُزَنِيّ: يلزمه لاعترافه بصدقه الأخذ من نصه فيما إذا ادعى أنه وارثه وصدقه فقال: فيهما قولان والمذهب تقرير النصين والفرق أن اعترافه بالإرث صار الحق للوارث وليس من تكذيبه بخلاف الوكيل.

إشارة: احترز بقوله: «وصدقه» عما لو كذبه فإنه لا يلزمه الدفع بلا خلاف، وقوله: «ما عندك من دين» كان الجيد أن يقول: «ما عليك من دين وعندك من دين»، أو يطلق كما صنع في «تهذيب المحرر»، أو يقول: بقبض ماله أو حقه وعبارة «المحرر»: يقبض ماله عندك من العين أو عليك من الدين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ أَحَالَنِي عَلَيْكَ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ**) لاعترافه

قُلْت: وَإِنْ قَالَ أَنَا وَارِثُهُ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَالله أَعْلَمُ].

بانتقال الدين إليه كالوارث، والثاني: لا يجب، لاحتمال إنكار المستحق الحوالة، واختاره ابن أبي عصرون قال: إلا أن تتحقق الحوالة.

قال: (**قُلْت: وَإِنْ قَالَ: أَنَا وَارِثُهُ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَالله أَعْلَمُ**) أي: المنصوص لاعترافه بانتقال الحوالة، وقيل: قولان كما سبق.

تنبيهات: قال ابن الرِّفْعَة: هذا إذا قال مع ذلك: لا وارث له غيري وبيَّن جهة الوراثة، كما قيده القاضي الحسين في «الفتاوى».

قلت: وفيه وقفة! فإنه سئل عمن أقر في مرض موته بأن فلانًا وارثه ولم يبيِّن الجهة ومات قبل البيان، فقال: لا يرث بهذا الإقرار؛ لأنه مجهول ووجهه موافقة العبادي فقيل للقاضي: أليس قد قال الشَّافِعِي: لو قال: لفلان عليَّ ألف درهم وهذا وارثه لزمه تسليمه إليه، وإن لم يبيِّن وارثه أجاز الشَّافِعِي قصده بهذه المسألة وجوب الدفع على المقر إلى المقر له؛ لأنه أمن مِن مطالبة المورث ولم يكن قصد الشَّافِعِي أن يقر بأن هذا وارثه مطلقًا؛ بل صورة المسألة أن يكون ذلك الوارث معينًا ظاهرًا ليس من المقر له، انتهى.

ولا خفاء أنه يلزمه الدفع إلى مطلق التصرف في ماله لا إلى المحجور عليه بفلس أو سفه، ثم إلى الولي والحاكم وأن موضع وجوب الدفع إلى مطلق التصرف إذا لم يكن تعلق بالعين التي بيد الوكيل حق رهن كما في عدل الرهن منهما بموت راهنه أو بغيره، ولو قال: مات فلان وله عندي كذا وهذه وصيته، جزم الشيخان أنه لقوله هو وارثه.

وقال الرُّويَانِي: لا يلزمه الدفع إلى الوصي ولا يبرأ إلا بالدفع إلى الحاكم، وهذا أحوط إن كان القاضي أهلًا لذلك، وذكرت في كتاب «الإقرار» عن القاضي أبي الطيب محل الوجوب إذا كان من ذكر أنه وصي ثابت الوصاية.

قالا: فهو كما لو أقر لزيد بمال وذكر أن هذا وكيله؛ لأنه لا يأمن أن يبلغ الصبي وتكبر الوصاية فيكون الدفع غير مبرر كما في الوكيل، قاله تخريجًا على

....

المذهب وهو حسن صحيح، قالا: ولو قال: مات فلان وأوصى به لهذا الرجل وكان قراره بالحوالة.

قلت: وهو يفرق بأنه اعتراف هناك بصيرورة الدين له أما هنا فقد يكون الموصى له وارثًا، وقد يزيد الموصى به على الثلث، أو يكون عليه دين مستغرق، أو لا يصدقه الوارث بتلف يلزمه الدفع إليه بمجرد اعترافه بالوصية له به، وهذه الصورة أولى بالدفع إلى الحاكم من التي قبلها فيما أحسبه.

وفي أواخر كتاب الإقرار من «التتمة» لو قال رجل لآخَر: لك على فلان ألف دينًا وله في يدي ألف درهم وقال له: عليَّ ألف درهم دينًا ولم يعرف للميت وارث، ذكر الْقَفَّال: أنه يلزم تسليم الألف؛ لأن يراه الميت يستحق إرثًا ويستحق بالدين فلا فرق بين إن نفى فوارث أو تغريم وليسكنهم داره قال: بفروع ممددة مقيدة.

فرع: قال في «الحاوي»: إذا اشترى بمال موكله له عبدًا ثم استحق العبد فهل يكون الوكيل حصرًا في الرجوع يدرك اليمين على البائع بالوكالة الأولى أم لا؟ ذكر ابن سُرَيْج وجهين والصحيح عندي غيرهما وهو أنه إن استحق من يد الوكيل قبل وصوله إلى الموكل فالوكيل خصم في الرجوع يدركه، وإن استحق من يد الموكل لم يكن خصمًا؛ لأن بوصوله إلى يد موكله انقضت وكالته وانقطعت علاقته بخلاف ما قبل وصوله.

فرع: لو ادعى أنه وكيل زيد في مخاصمة عمرو فصدقه عمرو، قال الرَّافِعِي: تثبت الوكالة وله مخاصمته، وهذا ما قاله ابن سُرَيْج وابن القاص والقاضي الحسين؛ لأنه ضرر على الموكل فيها، وأرسل في «البحر» في سماعها وجهين وقال عند الكلام في العزل تبعًا لـ«الحاوي»: مذهب الشَّافِعِي أنه لا يسمع مخاصمتهما إلا ببينة خلافًا لابن سُرَيْج، وقال في كتاب «الشهادات»: إن ابن القاص قال: إذا صدق المدعى عليه المدعي في الوكالة وأنكر المدعى به فأقام الوكيل بينة بالدين المدعى لا تسمع البينة؛ لأن الوكالة لا تثبت بإقراره ولا تثبت إلا ببينة يقوم عليها قلته تخريجًا، وحكى غيره وجهين.

....

قلت: وهذا عكس ما سبق عن القاضي، وفي «التتمة» أنه لو اعترف الخصم عند القاضي أنه حقًا لموكله فاعترف بوكالته والحق هل يلزمه الدفع أم لا؟، انتهى.

والمذهب أنه لا يلزمه كما سبق ونسبه أن يكون محل ما سبق في دعوى دين الذمة لموكله لإعفاء في يد المصدق يدوم انتزاعها منه فيظهر هنا أنه لا بدَّ من البينة جزمًا خشية التواطؤ، وقول الرَّافِعِي وغيره؛ لأنه لا ضرر على الموكل فيها فقد ترشد إليه إلا أن يكون القرض في مجرد المخاصمة وإقامة الحجة دون القبض على أنه قد يكون على الموكل ضرر في ذلك أيضًا بأن يقيم الخصم بينة ودافعًا بعسر على الموكل دفعها بعد ذلك لطول الزمان بغيبة أو موت شهوده وغير ذلك.

فرع: وكَّله عند القاضي بالخصومة فله المخاصمة ما دام الموكل حاضرًا في المجلس فإن غاب عنه والقاضي لا يعرفه باسمه ونسبه احتاج إلى البينة على ذلك كذا أورده العراقيون والعبادي، قال القاضي الحسين: وعادة الحكام والاكتفاء في هذه البينة بالعدالة الظاهرة ترك الشركة تسهيلًا على الغرماء، وقال أبو سعيد الهروي: يمكن أن يكتفي بواحد إذا كان موثوقًا، انتهى.

وكانت هذه الخصومة لمجردها وإقامة البينة من غير إلزام بدفع مال، فإن كان ثَمَّ إلزام فلا بدَّ من البينة الكاملة، قال القاضي الحسين: لو وكَّله في الخصومة فالقياس يقتضي ألا يختص بالمجلس بل يملك المخاصمة بعد التفرق في أن القضاة اصطلحوا على اختصاص الوكالة في الخصومة بذلك المجلس، قال الإمام: والذي يعرفه الأصحاب أن يخاصم في ذلك المجلس وبعده ولا يعرف القضاء العرف الذي ادعاه، انتهى.

وهذا هو الوجه إلا أن تدل قرينة على قصر التوكيل بذلك المجلس فقط.

فرع: إذا وكَّله ببيع فباع ثم رد عليه بعيب، أو أمره بالبيع بشرط الخيار ففسخ البيع لم يمكن له بيعه، ثانيًا: قال المصنف: وفي مسألة الشرط نظر وحكى غيره فيها وجهًا ويظهر أن ما ذكروه فيما إذا كان التوكيل ببيعه في البلد، أما لو أبضعه شيئًا ليبيعه ببلد آخر فالوجه أن له البيع في الصورتين والعرف

....

قاضٍ به ولا سيما مع العذر بعذر ومراجعة ولينظر فيما لو كان الموكل باعه بالبلد؛ ولكن المبيع مما يسرع فساده لو أخَّر بيعه لاستئذان.

فرع: قال: بع هؤلاء العبيد وقال: اشتر لي خمسة من العبيد ووصفهم فله الجمع والتفريق إذ لا ضرر، قاله في «الروضة»، وقال في «البحر»: عليه أن يفعل أحظ الأمرين لموكله من الجمع صفقة والإفراد فإن عذر عن الأحظ لم يجز، انتهى.

وما في «الروضة» قول على ما إذا استوى الإقران والغالب أن التفريق في البيع أحظ للبائع بخلاف الشراء، فإن الراغب في شراء جماعة من العبيد ونحوهم في صفقة واحدة قليل أو نادر.

فرع: قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: لو أمره أن يشتري له أمَة من بلد كذا ففعل ودفع الثمن دون أمره بنية الرجوع فهل يرجع؟ فيه أوجه ثالثها: قاله ابن سُرَيْج: إن لم يمكنه الاستئذان رجع، وإلا فلا، قال القاضي: وهذا في الحقيقة مسألة ما لو ضمن وأدَّى دون أمره ثم سئل عنها مرةً أخرى فقال: الأصح أنه لا يرجع.

قلت: والأصح الرجوع وهذه صورة من صور مسألة الكتاب السابقة في مطالبة التوكيل بل هذه أولى بالرجوع.

قال شيخه الْقَفَّال في «الفتاوى»: إذا وكَّله بشراء ثوب فاشتراه ودفع الثمن من عنده من غير أن يأمره الموكل، له أن يرجع عليه بالثمن ولا يقال أنه تبرع بقضاء دينه فلا يرجع؛ لأن في تضمين أمره له بالشراء أمران بدفع الثمن بدليل أن للبائع مطالبته بالثمن والعهدة، انتهى.

فرع: لو أنكر المدعى عليه الوكالة والحق المدعى به وكان الوكيل مأذونًا له في إقامة البينة، أو قلنا للوكيل بالقبض إقامتها، أقامها وأخذ الحق، فإن لم يكن بينة، فإن قلنا: لو صدقه المدعى عليه على الوكالة لزمه الدفع إليه وحلفه وإلا فإن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار لم يحلف وإلا حلفه فخرج من هذا أن

....

الصحيح أنه لا يحلفه.

فرع: قال في «الروضة» العاشرة قال: اشتر لي عبد فلان بثوبك هذا أو بدراهمك ففعل حصل الملك للأمر ورجع المأمور عليه بالقيمة أو المثل، وفي وجه ضعيف لا يرجع إلا أن يشترط الرجوع، ثم ذكر أنه لو قال لرجل: أسلم لي في كذا أو رد رأس المال من مالك ثم ارجع عليَّ، قال ابن سُرَيْج: يصح ويكون رأس المال قرضًا، وقيل: لا يصح لأن الإقراض لا يتم إلا بالإقباض ولم يوجد من المستقرض قبض.

قلت: الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب «العدة» أنه لا يصح قال الشيخ أبو حامد: وهذا الذي قاله أبو العباس سهو منه: ونص الشَّافِعِي في كتاب «الصرف» أن ذلك لا يجوز، انتهى.

ونقل الإمام عن العراقيين في صورة السلم أن ابن سُرَيْج خالف النص، وقال: والقياس فيما قاله وما اقتضاه كلامه من الجزم في مسألة الشراء بالصحة هو قول ابن سُرَيْج في مسألة السلم، والرافعي نقل عنه الأولى متصلة بمسألة نقلها عنه، وأفردها الشيخ والإمام حكى الأولى في أوائل القراض، وحكى في صحة الشراء للأمر وبطلانه وجهين ولم يرجح شيئًا، وقد سقط كلامه برمته هنا في «الغنية» وفيه تتمة طويلة، فإن انقدح فرق بين مسألة الأمر بالشراء ومسألة السلم وإلا فأقضي بالتعارض، والله سبحانه وتعالى أعلم، وأسأله الإعانة والتوفيق.

كِتَابُ الإِقْرَارِ

قال المصنف: [يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، وَإِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَاغٍ].

قال الشارح: وهو في اللغة: الإثبات، وفي الشرع إخبار لا إنشاء عن حق سابق؛ لما فيه من إقراره في محله.

وقال في «الكافي»: هو الإخبار عن حق لما عليه ثبوتًا أو عن غيره يقينًا، والأصل فيه الآيات الكريمة، والأحاديث الصحيحة، والإجماع، والاعتبار بالشهادة، وأولى لقلة الاحتمال فيه؛ ولهذا لو أقيمت بينة عليه بحق فأقر به، استند الحكم إلى الإقرار على المرجح.

وأما الحديث في «المحرر» وغيره في قول الحق: ﴿وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] فمروي في بعض الأجزاء بإسناد ضعيف منقطع من رواية علي رضي الله عنه بلفظ: «قل الحق ولو على نفسك»[١].

وفي آي الكتاب، والسنن الصحيحة، والإجماع عنه.

وفي صحيح ابن حبان من رواية أبي ذر رضي الله عنه: «قل الحق وإن كان مرًّا»[٢].

قال: (**يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ**) أي: المختار كما سيأتي، واستثنى النائم أيضًا؛ لأنه غير مكلف، ومن يجعله محجورًا عليه لم يحتج إلى استبانة.

قال: (**وَإِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَاغٍ**)؛ لعدم التكليف، وفي حكم المجنون والمغمى عليه، ومن لم يعص سكره، وكل من زال عقله بسبب لعذر فيه من شرب ودواء وغيره، وسواء الصبي المراهق وغيره، أذن له الولي فيه، أو في التصرف، أم لا، نعم ويصح إقراره بالوصية والتدبير ونحوهما إذا صححناها

---

(١) أخرجه ابن حبان بمعناه في «صحيحه» (٤٤٩)، ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (٢/ ١٣٠).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥/ ١٧٣) والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٣٧٨) وأبو نعيم في «الحلية» (١/ ١٦٨) بنحوه.

فَإِنْ ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالِاحْتِلَامِ مَعَ الْإِمْكَانِ صُدِّقَ وَلَا يُحَلَّفُ، ....

منه، وكذا بالإسلام إذا صححناه منه، قاله ابن الرفعة بحثًا وقياسًا.

قال: (**فَإِنْ ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالِاحْتِلَامِ مَعَ الْإِمْكَانِ صُدِّقَ**) قيل: إذ لا يطّلع عليه إلا من جهته.

هذه عبارة «البسيط»، والمراد بالاحتلام: الإنزال في يقظة ومنام، وكذا دعوى العبد بلوغها بالحيض، وسبق بيان وقت إمكانها.

قال: (**وَلَا يُحَلَّفُ**) أي: إذا اتفق خصومه لا يحلف هو، ولا الصبية المدعية للحيض.

قال الرافعي: لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها، فأشبه ما لو علق العتق بمشيئة الغير. فقال: إن شئت صدق بلا يمين، وأيضًا إن صدق فلا يختلف، وإن كذب فكيف يختلفان، واعتقاد الكذب أنهما صغيران.

قلت: وفي كون الحيض لا يعرف إلا من جهتها نظر، وسيأتي أن الصحيح إمكان إقامة البينة عليه.

قال الإمام: فلو بلغ مبلغًا يقطع فيه ببلوغه، فالظاهر أنه لا يختلف أيضًا على أنه كان بالغًا؛ لأنا إذا حكمنا القبض قوله، فقد أنهينا الخصومة منتهاها، فلا عود إلى التحليف، فقاله الرافعي في شرحه «الصغير» أيضًا، ولم ينسبه إلى الإمام، وفيه وقفة؛ لأنه لو اعترف الآن أنه كان بالغًا، وفسد أخذ باعترافه فينبغي أن يحلف؛ لما سيأتي في «الدعاوى» إن شاء الله تعالى.

قالا: هنا وفي «التهذيب» وغيره: أنه لو جاء واحد من الغزاة يطلب منهم المعاملة، وذكر أنه احتلم حلف واحد إليهم، فإن لم يحلف ففي إعطائه وجهان، ورجحا في «الدعاوى» التحليف، وهو قول ابن القاص.

وقال غيره: لا يحلف، وهو موافق لقول أبي زيد الذي جزم به في مسألة الكتاب تبعًا للإمام والغزالي، وهو الأصح.

تنبيهات: منها: قضية إطلاقهم بتصديقه في الإنزال في سن الإمكان، وما يترتب عليه جميع أحكام البالغين.

وَإِنْ ادَّعَاهُ بِالسِّنِّ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ.

ورأيت الدارمي قال في كتاب اللعان ما لفظه: إذا اعترف ابن عسر بالإنزال بلحوق الولد، ولا يحكم بغيره من إقرار وغيره.

ومنها: قال الشافعي: لا يجوز إقرار المشكل بحال حتى يشكل خمس عشر سنة، وتأويله مشكل، وعلى ظاهره جرى في «البحر».

فقال: لو أقر، قيل: إن يبلغ خمسة عشر سنة كان إقرارًا باطلًا، سواء أنزل من آلة الرجال أو آلة النساء، نصَّ عليه في الإقرار بالحكم الظاهر، انتهى. وسبق في باب الحجر في ذلك، فيتعين مراجعته.

ومنها: قول الرافعي تبعًا للبغوي وغيره في الأنثى: لأن الحيض لا يعرف إلا من جهتها، ويأتي أنه يمكن إقامة البينة عليه، فقد يمنع قائله بصدقها فيه كالسن.

ومنها: من قبل قوله في كونه، ثم قال: كذبت، وأنا بالغ.

قال الإمام: قيل: قوله وكلام غيره يدل على أنه لا يقبل، إلا أنه يدعي بلوغًا جديدًا، ونسبه أن يفرق بين ما عليه، فيقبل وما له لا يقبل.

ومنها: أقر بعد بلوغه ورشده أنه كله قد أتلف مالًا محرمًا، أو قيل: أو سرق بلا قود ولا حد، وتلزمه الدية، وغرامة المال الآن.

قال في «الروضة»: كما لو قامت به بينة، ذكره ابن كج، انتهى.

وفي «البحر»: أن إقرار الصبي باطل، ثم إذا بلغ هل يلزمه فيما بينه وبين الله نظر إن كان لزمه باختيار به، كالقرض ونحوه لم يلزمه، وإن لزمه بغير اختياره كغصب وإتلاف لزمه، انتهى.

وظاهر نص «الأم» في الإقرار: فالحكم الظاهر يقتضي التعميم؛ حيث قال في إقرار الصبي بالمال: وإذن لطلبه عنه في هذه الحال لم يلزمه الحر ولا المملوك بعد البلوغ، ولا بعد العتق في الحكم، ويلزمهم فيما بينهم وبين الله أن يؤدوا إلى العباد في ذلك حقوقهم، انتهى.

قال: (**وَإِنْ ادَّعَاهُ بِالسِّنِّ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ**) أي: على الصحيح المشهور؛ لإمكانها.

وَالسَّفِيهُ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا.

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ، ....

وقيل: لا يطلب بها، وبه أجاب الماوردي في باب الحجر، وأبداه القاضي الحسين في فتاويه احتمالًا، فعلى المذهب لا فرق بين صبي وصبي، وأبدى الإمام في الغريب والجاهل الذي يبعد إقامة بينة لمولده احتمالان: أظهرهما عندهما أنه كغيره، وثانيها: إلحاقه بدعوى الاحتلام، والثاني: يرجع إلى الإثبات لغير معرفة التاريخ، كصبيان الكفار، ورجحه الغزالي، ولو أطلق الإقرار بالبلوغ ولم يعين نوعًا، ففي قبوله وجهان في فتاوى القاضي الحسين والمختار استفساره.

قال: **(وَالسَّفِيهُ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا)** أي: في باقي التفليس والحجر، ومما لا سبق إقراره المفلس بالنكاح، فإنه مقبول بخلاف السفيه اعتبارًا بالإقرار بالإنشاء، هذا ما جزم به الشيخان.

قال ابن الرفعة: ورأيت في نسخة من «التهذيب» قبول إقرار السفيه بالنكاح.

قلت: وهو ما رأيته في «التهذيب» و«الكافي» هنا، وإنما سقط من بعض نسخ «التهذيب»، والمشهور المنع.

وأبدى ابن الرفعة موقفًا في بطلان إقراره به إذا طرأ سفهه وحجر ما عليه، ثم أقر لاحتمال صدوره منه قبل ذلك، كما قلنا في إقرار المفلس يبني من ماله كغيره، وفي إقراره بالوصية والتدبير ونحوهما في مرض موته خلاف مذكور في الوصايا، ولو أقر عنهم، ثم حجر عليه بالسفه، ثم فسره في الحجر قبل تفسيره، قاله القاضي الحسين.

وهذا فيمن طرأ سفهه، وإلا فالمهمل محجور عليه حكمًا على المذهب قبل تصرف الحجر عليه، وإقرار السفيهة المحجورة بالنكاح، كإقرار الرشيدة فيه احتمال للإمام.

قال: **(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ)** أي: لله تعالى، أو لآدمي،

وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ.

كقصاص وحد قذف، وأولى لبعده عن التهمة.

وقال المزني: لا يقبل إقراره بالحد والقصاص إذا كذبه السيد.

قال الإمام: رأيته يكون قولًا مجزمًا بالقطع في السرقة، قاله هناك.

قال: لكن لم يضر؛ لكنه أخذه من الأصحاب، وقد وجد ما تمناه.

قال ابن داود: حل في بدايته عن أبي الطيب بن سلمة أنه وافق المزني، وهو تخريج على القول بأن إقراره بالمال لا يقبل؛ لأن القطع مانع له، فإذا لم يثبت المتبوع لا يثبت التابع، فعلى المذهب يقبل إقراره قطعًا إلا في المال في أظهرها، وثالثها: يقبل إن كان المال تالفًا، ورابعها: عكسه، ورأى الإمام القطع فيما لو أقر الحر بسرقة مال غائب هل يقطع قبل مراجعته؟.

قال: **(وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ) أي: بغصب وإتلاف وسرقة.**

(لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً) وجناية خطأ.

(فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ) أي: لأن العبد متهم فيتبع به إذا عتق، ولا يخرج على القولين الاثنين فيما إذا بيع في الدين وبقى شيء، وقيل: بطردهما، فعلى المذهب يجب عليه المال كاملًا، وقيل: أقل الأمرين من قيمة وقدر المال، واستبعده الإمام.

تنبيهات: قوله: **(لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً)** يعني: حدًّا أو قودًا، وإلا فالغصب والإتلاف عمدًا ونحوهما يوجب التعزير، وهي من أمثلة المسألة.

واحترز بقوله: (فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ) عما إذا صدقه، فإنه يتعلق برقبته ويباع فيه، إلا أن يفديه السيد، فإن بيع فيه وبقي من الدين شيء، وإلا ففي اتباعه به بعد العتق قولان.

زاد الشيخ: قلت: أظهرهما وهو «الجديد» لا يتبع، ورجحاه في كتاب الجنايات، ثم ذكرا هنا بعد هذا بأسطر: أن إقرار السيد عليه بدين الجناية مقبول، إلا إذا بيع فيه، وبقي شيء لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه، انتهى.

وهذا الاستثناء إنما يجيء على «القديم»، وهو صادر ممن رجحه؛ ولهذا

وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ، وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ، وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ.

لم يستثن البغوي وغيره شيئًا؛ لأنهم يرون أن «الجديد» الأظهر ما سبق، نعم، حكى الإمام للخلاف وجهين، وذكر هنا وفي النكاح: أن أصحهما التعليق، وبه جزم الماوردي هنا، وذكر في الكتابة أنهما شيئان على رأس الجناية وهل تتعلق بالرقبة ابتداءً، أو بالذمة ثم تنتقل إلى الرقبة؟ فعلى الأول لا يثبت في ذمته شيء، وعلى الثاني يثبت.

ورأيت في «مختصر الجويني» قبل باب التقاء الفارسين: أن الصحيح أنه لا يتبع شيء بعد الحرية إذا لم تفِ الرقبة بجناية الخطأ، وتبعه صاحب «المعبر».

وقال الغزالي في «خلاصته»: إن كانت الجناية عمدًا وبيع فيها بيع بالباقي إذا عتق، وإن كانت خطأ فالصحيح أنه لا يبيع بشيء بعد حريته، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان المسألة في الجنايات عند ذكر المصنف لها، وإنما قدمنا تعجيلًا للفائدة.

فائدة: نقل في «زيادة الروضة»: أنه إذا ادعى على العبد دين جناية تعلق برقبته، ولا بينة له إن قلنا: اليمين المردود كالبينة، سمعت رجاء نكوله، وإن قلنا: كالإقرار فلا، انتهى.

وفيه نظر؛ لأن على المذهب إنما نجعلها كالبينة، ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة وله بينة ففي سماعها وجهان كالدين المؤجل دون غيره، فالسيد كالأجنبي، فتأمله.

قال: **(أَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ)** أي: بل يتعلق بذمته يتبع به بعد عتقه سواء صدقه السيد أم لا؛ لتقصير معاملة المطلعين للتصرف.

قال: **(وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ)** أي: وكان الدين للتجارة ولولايته وابنه، خلافًا لأبي حنيفة؛ لقدرته على الإنشاء.

(وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ) أي للتجارة؛ لما سبق، ولا يطالب به السيد

وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيض مَرَضَ الْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ، ....

كما سبق أنه الصحيح، أو الصواب.

قال الرافعي: ويؤدي من كسبه وما في يده، إلا إذا كان مما يتعلق كالتجارة وكالقرض، انتهى.

قيل: وهذا يتخرج على احتمالي الإمام، فإنه قال: وهل بعد الإقراض من التجارة؟ فيه احتمال؛ لأن المتاجر يحتاج إليه في بعض الأحوال، انتهى.

ونقل الرافعي: إنما أراد إقراضه؛ لحظ نفسه لا للتجارة بمائة لو اشترى المأذون شراءً فاسدًا لم يؤد من كسبه ونحوه على الأصح؛ لأنه إنما يتناول الصحيح فقط، فيكون غير المأذون يشتري بغير إذن السيد، فيتعلق بذمته، قاله البغوي في «الفتاوى».

ولو وطئت المأذونة بتنبيهه لم تقض دين التجارة من المهر، ولو أطلق المأذون الإقرار بالدين ولم يعين جهته، لم ينزل على دين المعاملة على الأصح؛ لجواز أنه إتلاف، ولا فرق في دين إتلاف بين المأذون وغيره لو حجر عليه، فأقر بدين معاملة أسنده إلى حالة الإذن لم يقبل إضافته على الأصح، بخلاف المفلس على الأظهر؛ لعجزه هنا على الإنشاء في الحال، كذا قاله الرافعي.

وعبارة «الكافي»: ولو أقر بدين معاملة بعد الحجر، لا يقبل إقراره في حق السيد على الأصح عنده، ولم يبن على وجهه.

وذكر شريح الروياني في «روضته»: أنه لو أحاط بالمأذون المديون، فأقر بشيء مما في يده أنه لسيده استعاره منه قُبِلَ قوله، وقيل: لا يُقبل، انتهى.

ولعل هذين الوجهين في التي قبلها، وإنما اختلف الترجيح.

إشارة: جميع ما سبق في غير المكاتب والمبعض، وفيها كلام يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيض مَرَضَ الْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ**) أي: ويكون من رأس المال عينًا كان المقر به أو دينًا.

وَكَذَا لِوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال الغزالي بالإجماع، وفي «التلخيص»: أن في إقراره قولان: أحدهما: أنه لازم في كل ماله لوارث كان أو غيره، والآخر: أنه من الثلث؛ ولهذا حكى الإمام عند الوصايا أنه حكى قولًا: أن إقرار المريض للأجنبي بمنزلة تبرعه.

قال: **(وَكَذَا لِوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ)** كالأجنبي وكحال الصحة، والظاهر أنه مصدق فلا يقصد حرمانًا؛ لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب، ويتوب فيها الفاجر.

إشارات: الخلاف في مرض الموت وكل ما في حكمه، وفي الإقرار بالمال وطريقة القطع بالقبول التي يفهمها كلامه ضعيف، والأصح عند الجمهور طريقة القولين، أظهرهما القبول، وثانيهما: المنع؛ للتهمة في حرمانه بعض الورثة، ولو أقرت به في مرض موتها بأنها استوفت الصداق من الزوج، فعلى القولين، قاله الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص».

ولا شك أن كل دين له بعض الورثة كالصداق، واختار الروياني مذهب مالك، وهو أنه: إن كان منهما لم يقبل، وإلا قبل ويجتهد الحاكم في ذلك، وهذا قوي.

قال القاضي أبو علي الفارقي: وهو الذي يقوى في نفسي، وثبت صحته عندي، انتهى.

وقد بعد على الظن بالقرائن كذبه، بل قد يقطع به في بعض الأحوال، فلا ينبغي لمن يخشى الله تعالى أن يقضي أو يفي بالصحة مطلقًا، وإن إطلاق الشافعي والأصحاب، ولا شك فيه إذا علم بقصده الحرفين مطلقًا.

قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: وقد تعود الناس اليوم الإقرار للوارث بمال في مرضه أو صحته، يقصدون به: قطع الميراث عن غيره وذلك حرام، ويكون المقر به معزولًا عنه، فإذا ادعى سائر الورثة عن المقر له أنه لا حقيقة كذلك، فحلف أنه أقر لك بحق لازم، كان يلزم الإقرار به فعليه أن يحلف، فإن نكل حلف سائر الورثة وقاسموه، انتهى.

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ، وَفِي مَرَضِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمْ الْأَوَّلُ، ....

نعم، أقر لمن لا يستغرق الإرث معه، إلا بيت المال، فالوجه إمضاؤه في هذه العصور؛ لفساد بيت المال.

وظاهر كلامه أنه يقبل إقراره لذوي الأرحام قطعًا، حيث لا يرثه إلا بيت المال، ولا يجري فيه الخلاف السابق مع نظر في التهمة ولا بأس به؛ لما ذكرناه.

فروع: الاعتبار في كون المقر له وارثًا بحال الموت، لا بحالة الإقرار على الأصح، أو الأظهر الأشهر «الجديد» كالوصية، ولو أقر في مرضه أنه كان وهب لوارثه، وأقبضه في الصحة قُبل على المرجح في «الروضة»، واختاره القاضي الحسين خلافًا للغزالي و«الحاوي الصغير»، ويجري الخلاف فيما لو أقرت بإبرائها الزوج من مهرها في الصحة، قاله القاضي الحسين.

وفي «الذخائر»: أنه إذا أقر بأنه كان أعتق في الصحة مملوكه وهو أحق، قُبل إقراره وعتق، وهل يرثه؟ إن قلنا: الإقرار للوارث لا يُقبل لم يرث وإلا ورث، فالعتق بالإقرار والإرث بالنسب، انتهى.

لو أطلق المريض الإقرار بالعتق، أو بهبة عين أو أنها أبرأت الزوج من مهرها، حمل ذلك على أنه في المرض.

في «أصل الروضة»: أنه لو أقر لوارثه وأجنبي معًا.

وقلنا: لا يُقبل للوارث قُبل في نصفه للأجنبي على الأظهر، أي: من قول تفريق الصفقة.

قال الهروي: بعد ذكره عن ابن سريج وهو بعيد، وهو كما قال: وينبغي القطع بالصحة لأجنبي.

قال: **(وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ، وَفِي مَرَضِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمْ الْأَوَّلُ)** أي: بل هما سواء، كما لو ثبت بالبينة، وحكى قول غريب: أن دين الصحة مقدم، ولأنه مخرج.

قال الشيخ أبو علي: رأيت الشيخ أبا زيد أن أصحابنا جعلوا المسألة على قولين بناء على المفلس يقر بدين بعد الحجر، وأنكر أبو علي ذلك وبعده.

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمْ الْأَوَّلُ فِي الْأَصَحِّ.
وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ.

قال: **(وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ)** أي: بدين.

(وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمْ الْأَوَّلُ فِي الْأَصَحِّ)؛ لقيام الوارث مقامه، فأشبه ما لو أقر هو بدينين، ويجري الخلاف فيما لو ثبت دين ببينة، ثم أقر الوارث لآخر، وفيما لو أقر لوارث بدين لزيدٍ ثم بدين لعمرو.

قال الإمام: والمعظم في هذه على التسوية، ونقله شريح الروياني، والهروي عن النص، وجزم الشيخ أبو محمد، وجماعة بالمنع وهو قوي، ولم يفرق الأئمة ما إذا أقر المورث بدين أو قامت به بينة، ثم أقر الوارث لآخر بين أن يكون للوارث عذرًا لزوال، أو لا يكون مع ظهور تهمة الإضرار بالأول عند ضيق التركة، ولو أقر في مرضه بدين لزيد ثم بعين لعمرو، ولا مال له غيره سلمت لعمرو، وقيل: شريكان.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ)** أي: على الإقرار بغير حق كسائر تصرفاته.

قال الروياني في «الحلية»: هنا قال الشافعي: والإكراه أن يصير الرجل في يد من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص، ويخاف خوفًا عليه دلالة أنه إن امتنع بقبول ما أمره يبلغ به الضرر المؤلم أو إتلاف نفسه، وكذلك أن يحبس يخاف طول الحبس، أو قيل: يخاف طول العبد، أو أخذ ماله الذي يتضرر به ضررًا بيِّنًا، انتهى.

فلو أقر ثم قال: كنت مكرهًا، فإن هناك قرينة تدل على صدقه لقيد أو حبس أو توكيل غير القاضي العادل صدق، وإلا فلا.

ونصَّ الشافعي في الإقرار والمذهب من «الأم» أنه يصدق، ولم يذكر قرينة، واقتصر جماعة عليه، والمذهب الأول في «روضة شريح» ولو شهدا بإقراره، ولم يقولا: إنه كان طائعًا، فادعى أنه كان مكرهًا.

قيل: في أظهر الوجهين؛ لأن الإكراه أمر خفي لم يطَّلع عليه الشاهدان، والثاني: لا يقبل ما لم يوجد ما يدل عليه من حبس أو قيد أو موكل معه، انتهى.

....

وهو الخلاف الذي قدمته، ولو قيدت منه الإكراه.

قال في «الأم»: ويقبل قوله إذا كان محبوسًا، وإن شهدوا أنه غير مكره، ولا تقبل الشهادة على الإكراه مطلقًا، بل لا بدَّ من التفصيل، الخلاف فيما هو إكراه، وربما ظن ما ليس بإكراه إكراهًا منه.

قال المتولي: إنما تؤثر الأمارات في إقراره لمن كان الإكراه من جهته، فإن كان لعبد من جنسه وقيده فالإقرار مقبول.

قلت: ينبغي أن يقال سائرها قطعًا إذا كان الإقرار لمن حبس لأجله من كان، ولعله مراده، فإذا حبس ظالم زيدًا لمجرد دعوى عمرو عليه، واتهمه إياه أو وكَّل الظالم به أو هدده كما هو معاين في وقتها، فأقر زيد لعمرو، ثم ادعى الإكراه.

قيل: محالة، وإن كان عمرو لم يحبسه، ولم يقيده بخلاف ما لو أقر في هذه الحالة، ثم ادعى الإكراه.

ولفظ بحرفه الروياني: لو شهدا بإقراره لفلان هو محبوس بكذا، أو عبد سلطان بكذا، يقال: أقررت لإكراه السلطان صدق يمينه، وكذا لو كان موكلًا به؛ لأن شاهد الحال يدل على أنه مكره، نص عليه، انتهى.

فرع: من «البسيط»: أقر وهو مكره ظاهرًا في قيد وحبس ثم قال: كنت كاذبًا، ولكن علمت أن لو لم أقر أيضًا اطلعت على القرب، فلم أكن مكرهًا.

قال صاحب «التقريب»: لا يثبت الإقرار، فإن الإكراه وجد، وقوله: كنت أعلم إن أطلق ظن منه لا قول عليه.

قال الإمام: وفيه احتمال، لكنه أقر بكونه طائعًا، وهو واحد، بقوله: وأقر بالمال. فيحتمل أن يقبل قوله: كذبت. انتهى.

ولو طالبها به هذا كلامه، وقد قطع الجواب، وفيه احتمال ظاهر، فإنه أقر بأنه لم يكن مكرهًا، وقوله مقبول عليه، وهو واجد به، انتهى.

ثم رأيت الشافعي رضي الله عنه قال في الإقرار بالحكم الظاهر من «الأم»: ولو

....

حبس فخاف طول الحبس، فقال: ظننت أني إن امتنعت مما أكرهت عليه، لم ينلني حبس أكثر من ساعة، أو لم تنلني عقوبة، خفت ألا يسقط عنه الإثم فيما فيه إثم مما قال، فأما الحكم فيسقط عنه من قبل أن الذي به المكره، كأن لم يكن على يقين من التلخيص، انتهى. وهذا ما قاله صاحب «التقريب».

فرع: في «الروضة»: لو ضرب ليقر فأقر في حال الضرب لم يصح، وإن ضرب ليصدق في القضية.

قال الماوردي: إن أقر في حال الضرب ليصدق، ترك ضربه واستعيد إقراره، فإن أقر عمل به، وإن لم يستعيد وتحمل بإقراره في حال الضرب جاز مع الكراهة.

قال المصنف: وقبول إقراره حال الضرب مشكل؛ لأنه قريب من المكره، ولكنه ليس مكرهًا، فإن المكره من أكره على شيء واحد، وهذا إنما ضرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار، وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر، انتهى.

والظاهر أنه إن كان الصدق منحصر فيما لو أقر بعلم أنه لا يقنع منه بغيره، فهو مكره في حال الضرب لا محالة، وكذا بعده إن غلب على ظنه إعادته لو لم يقر به، ولعل هذا صورة المسألة لا صورة الصدق من حيث هو من غير مقصود معين.

وللماوردي في «الأحكام السلطانية»: أقر أنه لا يوافقه النقل عليها، ثم رأيت شارح قال: قوله إنما ضرب ليصدق صحيح، ولكن إذا انحصر الصدق من ذلك صار مكرهًا عليه، وهو صورة المسألة.

قال: وخطر لي أن يقال: الإكراه إنما أبطل حكم الإقرار؛ لأنه قد يقر كاذبًا، وفي الإكراه على الصدق لا يأتي ذلك؛ لأن الإقرار المأتي به إن كان كذبًا، فهو غير المكره عليه، فيلزم من إبطاله وما أدى إبطاله لا يبطل، وقد يقاوم معناه؛ لما أمر أن أحدها أن يقال: إقراره إن كان صدقًا لم يعمل به للإكراه، وإن كان كذبًا لم يعمل به؛ لأن الكذب باطل، والثاني: أن يقال: إن

وَيُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ الْمُقَرِّ بِهِ، فَلَوْ قَالَ لِهَذِهِ الدَّابَّةِ عَلَيَّ كَذَا فَلَغْوٌ،

كان صادقًا عمل به؛ لأن الصدق يجب العمل به، وإن كان كذبًا فهو غير مكره عليه، فعمل به، والمسألة محتملة، والظاهر التفصيل، وهو أن يقال: إن كان المكره عالمًا بالصدق فهو إكراه؛ لأنه لا عليه إلا بذلك، وهذا يتصور في السلطان إذا علم قضية، وقلنا: لا نحكم بعمله فأكره صاحبها بالصدق بحضرة الشهود، فإذا أقر لم يقبل، وإن لم يكن المكره عالمًا بالقضية، وكل الأخبار في حقه سواء، فلا يكون الإقرار المأتي به مكرهًا عليه، فيقبل، والقبول بعد الضرب في صورة الإكراه على الشيء بعينه، نص عليه الشافعي إذا لم يحدث له خوف بسبب، فإن حدث فإقراره ساقط، انتهى.

ولفظ نص «الأم»: ولو ضرب ضربة أو ضربات، ثم حكى ولم يقل له نفي ذلك، ولم يحدث له خوف بسبب، فأحدث شيئًا لزمه، وإن أحدث له أقر، فهو بعد ثبت الضرب والإقرار ساقطٌ عنه، انتهى.

والولاة في هذه الأزمان يأتيهم من يتهم آخر بسرقة أو قتل ونحوهما، فيضربونه؛ ليقر بالحق، ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه، والصواب أن هذا إكراه، سواء أقر في ضربه أو بعده، وعلم أنه لو لم يقر بذلك لضربه ثانيًا.

فصل

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ الْمُقَرِّ بِهِ**) أي: وإلا لغي، وشرط أيضًا عدم تكذيبه، وأن يكون معينًا نوع تعيين بحيث يتوقع منه أو له الدعوى والطلب، كما سنذكره أو بعضه.

إشارة: قد يوجد من كلامه أنه لو أعتق عبدًا، فأقر هو أو غيره له بمال في الحال لم يصح العلم بأنه لا يملك قبل العتق، وكذا بعده أيضًا؛ لضيق الزمان.

قلت: لكن يتصور الملك له قبل الرق، فإذا احتمل كذلك، وإلا تواجد به المقر الأجنبي، أما السيد، فقد يقال: إنه إذا ملكه سقط حقه القديم عنه، فتأمله.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: لِهَذِهِ الدَّابَّةِ عَلَيَّ كَذَا فَلَغْوٌ**) أي: على الصحيح؛ لأنها لا تملك شيئًا، ولا تستحقه، هكذا أطلقوه، وهو ظاهر في المملوكة، وفيها صور

فَإِنْ قَالَ بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا وَجَبَ.

الشافعي والأصحاب المسألة، ووجه الصحة ذكره الماوردي، وهو مخرج في صحة الإقرار المطلق للحمل، أما لو أقر للجبل المجسد في بعد كذا ونحوها، وأطلق منه إن يصح، وحمل على أنه من علة، ووقف عليه، ووصية لها، أو يخرج على الخلاف فيما لو أقر لمسجد ونحوه وأطلق، ويكون الأصح الصحة أيضًا، وإن أسند في المسجد ونحوه إلى جهة باطلة.

قال في «الذخائر»: فعلى القولين في الحمل، وذكر الرافعي بعضها، وباقي ذلك في مسألتنا، ثم رأيت في «البحر»: أنه لو أقر لمسجد أو رباط، فالمذهب أنه يصح، ولو فسره بوصية أو عليه وقف، أو لما يشبه مسألة معلومة من وصية أو صدقة فهو صحيح، أي: قطعًا، وهو في «الحاوي».

قال: **(فَإِنْ قَالَ بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا وَجَبَ)** أي: على النص حملًا على جناية عليها، أو أجره لها، وقيل: لا يصح إلا إن بين السبب.

وقيل: إنه منصوص، وإن الروياني جزم به، ولفظه بحرفه، ولو قال على سبب هذا التعبير كذا لم يلزمه إلا أن يبين، فيقول قوله: «بسببها» شيء عليه ونحو ذلك، ولو قال: لسيدها نسبها كذا لم يلزمه ذلك.

تنبيه: قيل: قوله: «المقر لمالكها» محمول على مالكها الآن؛ لأنه الظاهر، وإن احتمل أن يكون لمالك آخر قبله.

قلت: لكن قد يدل الحال على خلاف ذلك، كما لو اشتراها أو وهبها أو قبل الوصية بها، فقال قائل في ذلك المجلس: ذلك فلا يمكن الحمل على مالكها الآن قطعًا، ولو لم يذكر المالك، بل قال: عليَّ سبب هذه الدابة ألف درهم.

نقل الإمام عن الأصحاب: أنهم حملوه على التزام لمن هو مالك في الحال.

قال: وفي هذا النظر محال من جهته، أنه لم يعين المقر له، وربما كانت الدابة ملكًا لغير مالكها الآن، وظاهر كلام «الوسيط» و«الوجيز» يوافق ما نقله إمامه عن الأصحاب.

....

وقال الرافعي: المراد ما إذا قال لمالكها، وإلا فلا يلزم أن يكون الألف لمالك الدابة في الحال؛ ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه، والظاهر أن هذا نفقة منه موافق نظر الإمام لا يقبل، وعبارة «البسيط»: ولو قال بسبب هذا الحمار ألف، فهو إقرار للمالك، هكذا قاله الأصحاب تنزيلًا على أنه استأجره.

قال الإمام: وفيه احتمال؛ إذ في «الأم» بين أن يقول: بسببها من جناية ألزمتني كذا أو نحوه، فيكون إقراره لمالكها وبين أن يقول: سببها ويسكت، فلا يلزمه شيء، وهو ما سبق في «البحر»، وظاهره مخالف لنظر الإمام، ونقله عن الأصحاب، فإنه عند بيان السبب جعله لمالكها، وظاهره أنه مالكها الآن، فهو مخالف لنظر الإمام، وعند بيان السبب لم يلزمه شيئًا، وبه صرح الروياني، وهو مخالف للإمام، ولنقلته جميعًا، أما الأصحاب فظاهر، وأما الإمام فلأن مالكها الآن ومن قبله قد يتعنتون، فيكون إقرارًا لأحدهم، فظاهر النص أنه لا يترتب عليه حكم، وإذا جرينا على منقول الإمام، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب جاء ما قدمناه.

فرع: لو قال لعبد زيد عليَّ كذا صح في الأصح إقرارًا لسيده كذا أطلقاه، ويأتي فيه ما سبق، وحكى في «الحاوي» في صحته وجهان، وفي فتاوى القاضي الحسين: أنه إن كان مأذونًا له فالأمر كذلك، وإلا فوجهان محل ما لو أقر لحمل وأطلق، فإن صححنا فكذا هنا، وإلا فلا، فإن رد العبد الإقرار وكان مأذونًا أريد، وإلا فلا يريد على ظاهر المذهب.

وفي «الحاوي» وغيره: إنا إذا قلنا: العبد يملك صح إقراره له، وإن كذبه السيد وإلا فمقر لمولاه يعتبر بتصديقه، ولا خفاء أن الإقرار للمكاتب صححه، ولا حكم الإقرار للمبعض على الأظهر، ولينظر فيما لو أقر لعبيد موقوفين على جهة بر لمسجد معين أو رباط وغيرهما إذ الوقف عليهم، والإيصاء لهم صحيحان، وتصرف في مؤنهم ولا شك فيه إذا تبين جهة ذلك كما في الوقف والمسبلة وأولى.

فرع: في السائل عن النص في «الأم»: أنه لو قال: له عليَّ ألف بسبب

وَلَوْ قَالَ لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ لَزِمَهُ، وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمْكِنُ فِي حَقِّهِ فَلَغْوٌ.

حمل هذه البهيمة لم يصح؛ لأن الحمل لا يجب لسببه شيء مادام حملًا، فإن قال: بسبب ولدها لزمه الفرق إن الحمل لا يجوز أن يجني عليه، وهو سمي حملًا، وإنما يصير تالفًا بخلاف الولد، فإنه يجوز أن يقول: بسبب ولدها؛ لأنه جنى عليه فصار لصاحبها عليه ذلك بالجناية هذا لفظه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا**) أي: عليَّ أو عندي.

(**بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ لَزِمَهُ**) لإمكانه، ثم لا يطالب حتى تضع ثم الخصم، ولي الحمل فإن خرج ميتًا فلا حق له، وقوله: (هند) إشارة إلى أنه لا بدَّ أن تكون معينة وإطلاقه يشمل الحرة والأمة، الحامل بحر؛ وكذا الرقيق بالنسبة إلى الوصية لا الإرث، وفيه نظر وإن جعلنا الإقرار لسيد العبد.

قال: (**وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمْكِنُ فِي حَقِّهِ**) أي: كأقر صبي ادعى ونحوه.

(**فَلَغْوٌ**) لاستحالته منه، وإذا المصنف، فالإقرار لغو، كما عزاه في«الروضة» إلى المجرد، وفيه نظر في الأقرب أن مراد المجرد؛ فالإسناد لغو يؤيده قوله في «الشرحين» أما إذا صححنا الإقرار المطلق كما هو الأظهر فهنا طريقان: أصحهما القطع بالصحة، والثانية على القولين في بعض الإقرار ربما يرفعه، فطريقة الترجيح مشهورة، جزم بها أكثر العراقيين وغيرهم، وأما القطع بإلغاء الإقرار، فلم أره لأحد، نعم، من صحيح البطلان عند الإطلاق بقول البطلان عند هذا الإسناد، وأما طريقة القطع بالصحة، فذكرها المراوزة، وأشار إليها في «الوسيط» بقوله: وقيل: إن هذا هزل فلا يقبل أي: الإسناد كما أقر ابن الرفعة، وصرح به في «النهاية» و«البسيط»، ويقصد ما ذكر به جزم البغوي بذلك، و«المحرر» و«التهذيب» غالبًا.

وعبارة «الكافي»؛ لأنه أقر بما يريد إسقاطه يستحيل، فبلغا المستحيل كما لو قال لفلان: عليَّ ألف لا يلزمني أداؤها، ولو قال لهذا الطفل: عليَّ ألف عاملني بها، أو أقرضنيها صح إقراره، ولغت هذه الزيادة، انتهى.

وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ.

وغلط من زعم أن الإمام نقل طريقه قاطعة بالفساد، وليس في «النهاية» إلا طريقة القولين، وطريقة القطع بالصحة، وبين طريقة قول التعقيب بأن بيع الخمر واقع في اعتياد خلائق، فيحمل ما ذكره على أمر لا يمتنع جريانه، فأما إضافة الملزم إلى جهة مستحيلة فتضاهي قوله لفلان: عليَّ ألف لا تلزمني، ولو قال ذلك عند ختام كلامه هزلًا، وأخذ يصدر كلامه، انتهى.

وحينئذٍ فقوله في «الروضة»: قلت: والأصح في هذا الحال البطلان، وبه قطع الرافعي في «المجرد»: ممنوع وإن تبادر من كلامه.

إشارة: إذا قلنا بطريقة القولين، فيفرق بين قوله: له عليَّ ألف من جهة كذا، وبين قوله له عليَّ من جهة كذا ألف، كما سيأتي بيانه، وحكى ذلك هنا عن النص.

قال: **(وَإِنْ أَطْلَقَ)** يعني: الإقرار، فلم يسند إلى شيء.

(صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ) أي: وحمل على ما يمكن في حقه وأزيد، حملًا لكلام المكلف على الصحة ما أمكن وهو ممكن هنا، والثاني: لا يصح إذ المال غالبًا إنما بحسب المعاملة، وهي متعددة أو جناية، ولم يكن يحمل إطلاقه على الوعد، وصححه جماعة.

قال الشيخ أبو علي: والقولان إذا أطلق ولم يبين بعد، أما لو بيَّن بعد ذلك وجهًا صحيحًا عمل به بلا خلاف التفريع، حيث صححنا الإقرار انتظرنا وضعه، فإن وضعته ميتًا بأي سبب كان، فلا حق له وينظر إن أسند إقراره إلى وصية صرفه إلى الورثة الوصي، أو إلى إرث مال ورثة الوارث، فإن أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة وصححناه، فعن النص أنه سقط، وعزاه في «الذخائر» إلى العراقيين.

قال الماوردي: وتفريده لعدم مدعيه، وكذا لو بان أنه صريح.

وقال القاضي أبو الطيب والإمام وجماعة: يستفسر، فإن فسره بوصية أو إرث عمل بمقتضاه كما سبق، ورأي الإمام أن القاضي يطالبه بالتفسير حتى يصل الحق إلى مستحقه، وفي «الذخائر»: تبعًا «للبسيط» أنه ليس للسلطان

....

ذلك، ويكون حكمه حكم المال الضائع، قال: وطريقة العراقيين أشبه، إذ الإرث والوصية يستويان في عدم الصحة لمن يفصل ميتًا، انتهى.

فإن مات المقر قبل البيان قالا تبعًا للبغوي والشيخ أبو علي: هو كما أقر لإنسان فرده، قال الشيخ أبو علي: فرده بطل حقه من أصله.

قالا: وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يطالب وريثه بالبيان، انتهى.

وعن الروياني: أنه يبطل إقراره.

قال الدارمي: فإن كان صريحًا أو خرج ميتًا، ولم يبين فإن مات ولم يجيزوا أمكن من ورثته، فقلنا: وإن لم يمكن، فقيل: يبطل الإقرار، وقيل: يوقف لبيت المال، انتهى.

وإن وضعته حيًّا لدون ستة أشهر من الإقرار، فذاك وإن وضعته لأربع سنين من الإقرار فأزيد، فلا شيء عليه له، وكذا إن وضعته لأربع، فمأذون بها، وكانت فراشًا لزوج أو سيد، أو وطئت بشبهة في المدة، فإن وضعته لأربع سنين فما دونها، ولم يكن فراشًا لأحد، ولا وطئت في المدة.

قال ابن الرفعة: فقد ألحق العراقيون والماوردي والقاضي الحسين ذلك بما لو وضعته لدون ستة أشهر.

وحكى الإمام وغيره فيه قولين أصحهما المصرف، كما يحكم بلحوق نسبه، وبه صرح الرافعي وزاد الترجيح في «الروضة» لسقوطه من بعض نسخ «الشرح» وفي الترجيح وقفة؛ لأن التثبيت بالإمكان والإقرار لا يلزم بالإمكان، وإنما يلزم باليقين إذا عرفت هذا، فألقت حيًّا أو ميتًا.

قال في «التنبيه»: جعل المال للحي؛ لأن الميت كالعدم.

قال ابن الرفعة: وقصد كلامه: أنه لا فرق في تسليم المال للحي بين كونه ذكرًا وأنثى، واحدًا كان أو أكثر.

وقد قال الأصحاب: فيما إذا كان واحدًا أنه يجعل له، إذا كان عن وصية ذكرًا كان أو أنثى، وإن كان عن وارث.

....

قال الماوردي: فالأمر كذلك، وفي تعليق القاضي الحسين: أنه كذلك إذا كان ذكرًا، وإن كان أنثى جعل لها نصفه، والباقي يرد لسائر ورثة الأول.

وعند الرافعي و«التهذيب»: أنه إن أسند إلى إرث من أب وكان أنثى، كان لها نصفه، وإن الحي لو كان اثنان ينظر، فإن أسند الإقرار إلى وصية كان بينهما على السواء، وإن أسنده إلى إرث كانا ذكرين، كان لهما على السواء، وإن كانا أنثيين، فالأمر كذلك عن الماوردي والقاضي أبي الطيب وابن الصباغ.

وفي تعليق القاضي الحسين و«النهاية» أي: «وشرح التلخيص» لأبي علي: أن لهما الثلثين منه، ويرد الباقي إلى ورثة الأول، وإن كان ذكر أو أنثى له ثلثه، وهذا إذا اقتضت جهة الوراثة ذلك، فإن اقتضت التسوية بأن يكونا ولدان قال الرافعي: كان ثلثه بينهما بالتسوية بناء على ما نقله.

وقال القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ: أن يكون بينهما، ولو أطلق المقر الإقرار اقتسماه بالتسوية، حكاه ابن الصباغ عن «التعليق» ولم يورد الفوراني سواه، وهو نص «الأم»، ووجهه الماوردي؛ فإن الأصل التساوي، حتى يعلم سبب التفاضل، وفي «الشامل» أيضًا والرافعي أنه يسأل عن الجهة، ويحكم بمقتضاه.

قال ابن الرفعة: وفي كل حالة جعلنا المال للحمل سلمناه إلى وصية أي: بعد انفصاله حيًّا لكن وجوبًا أو جوازًا.

قال الفوراني: إن كان قد عزاه إلى إرث، ففيه الخلاف السابق فيما لو أقر لزيد بمال، وقال: هذا وارثه، والنص الوجوب.

وقال القاضي أبو الطيب: مجمله إذا كان الوصي ثابت الوصية، فإن لم يكن من ذكر المقر إن وصى على الحمل ثابت الوصية، فهو كما لو أقر لشخص بمال، وادعى أن هذا وكيله؛ لأنه لا يأمن أن يبلغ الصبي وينكر الوصاية، فيكون الدفع غير مبرر كما سبق في الوكيل، قال: هذا تخريجًا على المذهب، انتهى كلام ابن الرفعة.

وَإِذَا كَذَّبَ الْمُقَرُّ لَهُ الْمُقِرَّ تُرِكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

فرع: قال في «الروضة»: أقر لإنسان بحمل جارية أو بهيمة، ففيه التفصيل المذكور في الإقرار، فإن قال: إنه أوصى له أنه صح وينتظر كم بين انفصاله، وبين يوم الإقرار في المدة على ما سبق، وفي حمل البهيمة يرجع إلى أهل الخبرة، وإن أطلق أو أسند إلى جهة باطلة ففيه الخلاف المذكور.

قلت: وقضية هذا الاستواء في الترجيح، لكن الماوردي والشاشي صححا في مسألة الإقرار للحمل للصحة، كما نص عليه الشافعي في الإقرار بالحكم الظاهر.

قال الماوردي: وهذا كتاب لم ينقل المزني منه شيئًا، وقالا في مسألتنا النص في «الجامع الكبير» البطلان، ويجز فيه قول من الإقرار للحمل، فافهم ترجيح المنع فيها؛ وكذلك قال في «البحر»: لو أقر بحمل بهيمة وأطلق لم يلزمه الإقرار؛ لأن الحمل لا يملك إلا بالوصية، نص عليه، وغلط من قال غيره، ولو وصل إقراره.

وقال: أوصيت لفلان بوصية أمه، ولو بحملها صح الإقرار إذا ولدته لدون ستة أشهر من حين الوصية، انتهى.

ثم رأيت في «الأم» في آخر مسألة الإقرار للحمل بعد أن حكم لصحته، وإذا أقر لرجل بما في بطن جاريته لرجل، فالإقرار باطل.

فرع: قال الروياني قال: والذي لو قال لهذا الميت عليَّ كذا، فظاهر نص «المختصر» يقتضي جوازه، وأصل المسألة ما إذا قال: كان لفلان عليَّ كذا هل هو إقرار؟ فيه وجهان: أظهرهما نعم، وتقدير إقراره للميت أنه كان له على مثال، ويمكن أن يقطع صحة الإقرار هنا ويعرفه بأن المقر له هنا لا يتصور ثبوت الملك له حين الإقرار، ومن قال به أول كلام الشافعي، انتهى.

قال: **(وَإِذَا كَذَّبَ الْمُقَرُّ لَهُ الْمُقِرَّ تُرِكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي الْأَصَحِّ)** وجعله القاضي الحسين ظاهر المذهب وعزاه الإمام إلى الأكثرين؛ لدلالتها على الملك ظاهرًا، والإقرار عارضه التكذيب فسقط، وأيضًا فإنا لا نعرف مالكه،

....

ويراه في يد المقر، فهو أولى الناس بحفظه، هكذا وجهه الرافعي والأولى وعليه اقتصر في «الشرح الصغير» يقتضي أن يده تكون يد ملكه وهو قضية كلام «المهذب» بل صرح به، وكذلك المتولي يقتضي أن يده يد استحفاظ، وهو قضية كلام الغزالي وغيره.

قال ابن الرفعة في «مطلبه»: وهو الأشبه، وقال في «كفايته»: أنه حكي عن الإمام في «الدعاوى»: أنه لو ادعى على قولنا أنه يقر في يده أنه ملكه، لم تقبل دعواه على ظاهر المذهب، وعلى وجه يقبل بشرط أن يصر المقر له على الإنكار والحجر، وهو ما ادعى الرافعي هناك أن قضية كلام الأكثرين ترجيحه، انتهى.

والوجه الثاني: أن القاضي ينتزعه ويحيطه إلى أن يظهر مالكه، فإنه في حكم مال ضائع، فيحتاط لمالكه، فإن رأى استحفاظ ذي اليد جاز، واختاره أصحاب «المهذب» و«التتمة»و«الأبصار» وغيرهم.

والثالث: يجيز المقر له على القبول والقبض، قال الرافعي: وهو بعيد.

قلت: ولم يذكره كثيرون، ثم رأيت الشيخ أبا علي ذكر في باب فاسد عن الكوفيين في «شرح التلخيص»: وأما عندنا فمتى جحد بطل إقراره، ولا يعود إليه بتصديقه في المال في يده، وإن أقر بأنه ليس له؛ ولأنه إنما أقر بأن ملكه لغيره، وذلك الغير أنكر، فصار كما لو لم يقر به، ويجوز تصرفه فيه من كل وجه.

وفي المسألة وجه آخر: أنه يؤخذ ذلك المال من يده ويوقف؛ لأنه مقر بأنه ليس له.

قال الشيخ يعني: القفال: ويجيء وجه آخر أنه يجبر المقر له على أن يأخذ ذلك منه إذا كان هو على إقراره أو تنزيه منه، إن كان دينًا أو ثبت له إن كان عينًا، حتى لا يمكنه مطالبته به مرةً أخرى، واستشهد له بالنص عند اعتبار المسلم فيه قبل محله؛ حيث يجيز على أخذه أو تنزيهه كذلك هنا مثله.

قال أبو علي: والأول أصح من هذا كله، انتهى لفظه.وفيه فوائد.

تتمات وفروع: قال الشيخ أبو محمد: موضع الخلاف إذا قال: هذا لزيد

....

وكذبه، أما لو قال: للقاضي في يدي مال، وأثبت مالكه ولا أعرف مالكه؛ فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه، وأغرب بعضهم فلم يجوز انتزاعه أيضًا.

وذكر الرافعي في باب دعوى الدم فيمن في يده مال قد حكم له به.

وقال: إن كان مغصوبًا إن غير صاحبه انتزع، وإلا فهو مال ضائع، وفيه خلاف مشهور.

والجواب في المسائل: أنه لا يلزمه رفع يده عنه، وذكر في «الدعاوى» فيمن ادعى عقارًا أو منقولًا على إنسان، فقال: هو لرجل لا أعرفه أو لا أسميه الآن، وأن الأصح أنه لا ينتزع من يده، وذكر أنه لو أتى المكاتب بالنجم، فقال السيد هو حرام أو مغصوب وحلف المكاتب.

وأخبرنا السيد على قبوله على المذهب: أنه إن لم يكن عيَّن مالكًا ينتزع منه على الأصح، وفي الجمع بين الكلامين كلام ذكرته من «الغنية».

واعلم أن محل الخلاف كما اقتضاه كلام المصنف وغيره، وبه صور مصورون المسألة إذا كان المقر به عينًا، فإن كان دينًا فالمشهور أنه لا يؤخذ منه.

قال ابن الرفعة: وبه جزم القاضيان الحسين وأبو الطيب، وهو قضية كلام البغوي.

قال: وادعى ابن يونس أنه لا فرق بين الدين والعين في جريان الخلاف، وهو وجه يخرج من كلام الرافعي.

قلت: وصرح المتولي في نقل الأوجه في الإقرار بهما، فقال: لو أقر الإنسان بمال إما عين أو دين وأنكر المقر له ففيه ثلاثة أوجه.

ثم قال بعدها ثمة فرع، إذا أقر لإنسان بعين مال، فقال المقر له: ليس لي ولكنه لك، ففيه الأوجه الثلاثة، فإنه ادعاه بعد ذلك سلم إليه.

وذكر في صورة الكتاب: أنه لو رجع المقر له وادعاه وذكر ما سيأتي عنه كلام الشيخين في تفسير الإقرار المفهم، يقضي الجزم ببطلان حكم الإقرار بالتكذيب، وبه جزم الشيخ أبو علي، وكلامهما في باب الشفعة قد يفهم عدم الفرق.

فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ غَلِطْتُ قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ.

ويأتي عن أبي علي كما نقله الرافعي، ما يفهم عدم الفرق بين العين والدين، ولو كان المقر به عبدًا.

قيل: يحكم بعتقه، والأصح يبقى في يده كالثوب، ونحوه، ولو كان المقر به قصاصًا أو حد قذف، وكذبه المقر له سقط جزمًا، ولو أقرت بنكاح فأنكر، سقط حكم الإقرار في حقه، وقد أشار المصنف إلى هذا جميعه بالتصوير في المال خاصة.

قال الدارمي: ولو أقر له بشيء فلم يدعه، ثم ادعاه.

قال ابن سريج: يستحقه، وقال غيره: لا يستحقه إذا رجع المقر عن إقراره، وسيأتي بيان رجوع المقر له عن التكذيب بما فيه.

قال: (**فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ: غَلِطْتُ قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ**) بعدمه على شرح ذلك ما لو رجع المقر له عند التكذيب، فالذي أورده الإمام والغزالي قبوله، وأنه يسلم إليه.

وقال الرافعي: إن الأظهر ما أورده المتولي وغيره، وهو تفريعه على ما سبق إن قلنا: يترك في يد المقر، فهو حكم بإبطال الإقرار فلا يأخذه إلا بإقرار جديد، وإن قلنا: ينتزعه القاضي؛ فكذلك لا يسلم إليه بل لوازم إقامة البينة بأنه ملكه لم يسمع.

قال: وإنما يسلم إليه إذا فرعنا على الوجه البعيد، هكذا قال، وفيه نظر؛ لأنه على الوجه البعيد السابق لا يحتاج إلى رجوع، وينبغي أنا إذا قلنا يترك في يده، فإن قلنا على سبيل الملك فهو إبطال للإقرار، فلا يسلم إليه، وهو قضية كلام الرافعي هنا، وسبق عن «المهذب»، ورأي ابن الرفعة الأشبه خلافه، فعلى هذا لا يمتنع أن يسلم إليه إذا رجع؛ لأنا لا نعرف له مالكًا، ولا يختص ذلك بالتفريع على الوجه الثالث البعيد، وما ذكره المتولي والرافعي هو طريقة القفال، والصحيح أن الخلاف في قبول رجوع المقر له مطلق من غير ثبات، والأظهر عند الرافعي عدم القبول.

....

وفي «روضة» شريح الروياني في باب رد الإقرار: لو قال: قبلت أحال عمدًا، فكذبه ثم قال: قد قبلته فلا قصاص ولا دية، وإن استأنف المقر الإقرار من بعد؛ لأن القتل لا يحمل التكرار.

قال: ولو أقر له بألف فكذبه، ثم أقر المقر ثانيًا فصدقه المقر له لزمه؛ لأنه يحتمل التكرار إلا أن يصرح بالأول، ويكون كالقصاص سواء لو قال الولي: أنكرت، ولم أكن عالمًا بأنه قتل، وقد عرفت الآن لم يقبل منه، انتهى.

وإذا رجع المقر بعد تكذيب المقر له وقبل رجوعه، وقلنا بقي في يده فأوجه أصحها قبوله بناء على أن الترك بيده إبطال للإقرار.

والثاني: لا، ورجحه الإمام والغزالي، بناء على أنه لو عاد المقر له وصدقه قبل منه.

والثالث: إن رجع وادعاه قبل منه، وإلا فلا.

والرابع: إن ادعاه لنفسه لم يقبل، وإن نسبه لغيره قبل، ذكره الماوردي.

تنبيه: تقييد «المنهاج» وأصله مما إذا قال: غلطت، قاله في «البسيط» هنا، وفي «الوسيط» في الدعاوى.

وقال ابن الرفعة: إنه الأقرب إلى الصحة، لكن الإمام والرافعي في «الشرحين» صرحا بأنه سواء.

قال: غلطت أو تعهدت الكذب وتبعهما في «الروضة»، وينبغي أن يثني على ذلك على أنه هل يبطل الإقرار بالتكذيب أم لا؟ فعلى الأولى: وهو مقتضى كلام الرافعي لا فرق بين الغلط وتعهد الكذب، وعلى الثاني: يحتمل الفرق، فعلى قضية ما قاله الرافعي ينبغي إسقاط هذا القيد من «المنهاج» و«المجرد»، أو يقال: إنه لا مفهوم له، وهذا كله إذا رجع بعد تكذيبه وقبل رجوع المقر له، فإن كان بعد رجوع المقر له وقلنا رجوعه لغى رجوع المقر وإن لم يقبله، وكما لو لم يرجع، فيقبل رجوع المقر على الأصح، وحينئذٍ فقول «المنهاج» في حال تكذيبه يفهم الاحتراز عن هذه الصور وليس كذلك، وإنما يصح أن يحترز عما إذا أقر فلم

....

يكذبه المقر له، والظاهر أنه ليس له الرجوع.

وسبق في رواية الروياني وجهان فيما لو سكت المقر له، قيل: وكان ينبغي للمصنف أن يقول بعد تكذيبه لتسهل حالتي التكذيب وبعده ويخرج به ما قبل التكذيب، فقد بان في كلامه ثلاثة مواضع يجب النظر فيها أحدها: قوله في حال تكذيبه، والثاني: قوله: وقال: غلطت، والثالث: إطلاقه القبول، ولم يفصل بين أن يرجع المقر بعد ذلك أم لا، لكن هذا صحيح على الأصح عنده، انتهى.

وقوله في حال تكذيبه محمول على حالة التكذيب وما بعدها، وهو الإصرار عليه، والظاهر أنه احترز به عما قبل التكذيب.

إشارة: قال الغزالي في «الدعاوى»: الخلاف جارٍ في كل من بقي عن نفسه شيئًا، ثم رجع، وإنما فرق الجمهور بين المقر والمقر له؛ لأن بقاء المقر عن نفسه كان بطريق الالتزام، وبقي المقر له عن نفسه بالمطابقة، فهو أقوى.

وددت أن لو أقر، بل إن رجع المقر له في حال إصرار المقر على إقراره له، وقال: غلطت في تكذيبي له، وطلبت أنه غير مولى مثلًا لشبهة عرضت لي، ثم بان لي أنه تولى أو نحو ذلك إن يقبل رجوعه، هل يشرط أن يكون المقر له معينًا؟ فلو قال لواحد من بني آدم أو من أهل البلد عليَّ ألف، ففي صحته وجهان عن الشيخ أبي علي بناء على ما لو أقر لمعين فكذبه.

فإن قلنا: ينزع؛ لأنه مال ضائع فكذا هنا ويصح الإقرار، وإن قلنا: لا يصح وهو الأصح فلو جاء واحد فقال: أنا الذي أراد بي؛ صدق المقر بيمينه في بقاء إرادته.

ولو قال: غصبت هذا أحد هؤلاء أو أحد هذين صح، والفرق أنه إذا قال: أحد هؤلاء أو أحد هذين، فله تفرع فلا يبقى في يده مع قيام الطالب واعترافه له، وإذا قال لواحد من بني آدم فالطالب له ويبقى في يده، وكان الشرط كما أشرنا إليه فيما سبق: أن يكون المقر له معينًا مفرع بتعيين يتوقع منه الدعوى، والطلب، هكذا قاله الرافعي.

فَصْلٌ

قَوْلُهُ: لِزَيْدٍ كَذَا صِيغَةُ إِقْرَارٍ، وَقَوْلُهُ: عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتِي لِلدَّيْنِ، وَمَعِي وَعِنْدِي لِلْعَيْنِ،

لكن سبق منه عن الشيخ أبي محمد، ولم يخالفه الجزم بأنه إذا قال: في يدي مال لا أعرف مالكه أنه ينتزع منه، وفي الجمع بين الكلامين بعدًا إلا أن يقال: المراد هناك إذا قال: لا أعرفه، وهنا إذا لم يقل ذلك فإنه لا يكون مقرًّا بضياعه، فليتأمل هذا مع المواضع الثلاثة السابقة، وفي الفرع زيادة في محاولة الجمع بين الكلامين، وذكرتها في «الغنية» يطول ذكرها.

قال:

(فَصْلٌ)

قَوْلُهُ: لِزَيْدٍ كَذَا صِيغَةُ إِقْرَارٍ) لأن اللام تدل على الملك، وهذا إذا قال لزيد: عليَّ أو عندي مما سيأتي، وإلا فهو اختيار مجرد، وإنما يكون إقرار أيضًا إذا لم يصل به ما يخرجه عن الإقرار، كقوله له: كذا بعد موتي، أو أن أفعل كذا .

قال: **(وَقَوْلُهُ: عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتِي لِلدَّيْنِ)**، أي: الملتزم في الذمة؛ لأنه المتبادر عرفًا، وعبارة «الروضة»: أو في ذمتي وهي أوضح، ويؤاخذ المقر ظاهرًا بإطلاقه الإقرار.

وقيل: لا ، حتى يسأل عن سبب اللزوم، إذ قد يظن بما ليس موجبًا.

وقيل: قوله: عليَّ صالح للعين أيضًا، ولو فرق بين العامي وغيره لم يبعد، فإنه لا يفرق بين عليَّ وعندي في الدين والعين، ويعتقد ما ليس بملزم ملزمًا، والأصل البراءة.

قال: **(وَمَعِي وَعِنْدِي لِلْعَيْنِ)** أي: كل منهما؛ لأن «مع» و«عند» ظرفان، فيحمل كل منهما على الإطلاق على عين له بيده حتى لو قال بعد الإقرار: إنها كانت وديعة وتلفت، أو رددتها، وأمكن صُدِّق بيمينه، بخلاف ما إذا قلنا: هو مقر بدين ثم فسره بالوديعة لم يقبل، قاله في «الروضة» هنا، وسيأتي بيانه في موضعه، والاحتياط عندي استفسار القاضي والعمل به.

وَلَوْ قَالَ: لِي عَلَيْك أَلْفٌ فَقَالَ: زِنْ أَوْ خُذْ أَوْ زِنْهُ أَوْ خُذْهُ أَوْ اخْتِمْ عَلَيْهِ أَوْ اجْعَلْهُ فِي كِيسَك، فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ، وَلَوْ قَالَ: بَلَى أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْت أَوْ أَبْرَأْتنِي مِنْهُ أَوْ قَضَيْته أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ، ....

وزعم شارح تبعًا لصاحب «الذخائر» أن الشاشي حكى وجهًا: أن قوله: عندي ليس بإقرار، ثم أوله بتأويل فاسد، وإنما حكى الشاشي الوجهين في قوله: كان له عندي كذا فاعلم.

فرع: قوله: «له قبلي كذا» قال البغوي: للدين.

قال الرافعي: وبنسبه أن يقال: هو صالح للدين والعين جميعًا.

قلت: وبه صرح الماوردي، وسيأتي عن «الأم» ما يقتضي إثبات قولين فيه.

قال: (**ولو قال: لِي عَلَيْك أَلْفٌ، فَقَالَ: زِنْ أَوْ خُذْ أَوْ زِنْهُ أَوْ خُذْهُ أَوْ اخْتِمْ عَلَيْهِ أَوْ اجْعَلْهُ فِي كِيسَك فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ**) لأنه ليس بالتزام، وإنما يذكر غالبًا للاستهزاء، وفي (**زِنْهُ**) وما بعده وجه.

وقيل: اتزن لم يكن إقرارًا؛ لأنه ليس بالتزام بخلاف زن، ومن هذا الضرب شدة في هميانك أو خذ الألف.

كما قال المتولي: إذ وهي صحاح أو ميزها أو اتزانها، أو مسلمها أو انتقدها، وفيها الوجه الضعيف.

إشارة: الظاهر أنه لا فرق في هذه الأجوبة ونحوها بين أن يقول: لي عليك ألف على وجه الخير والدعوى، كما هي عبارة «الكتاب» والأصحاب، أو على وجه الاستفهام، وفي نسخه للمصنف بـ«المنهاج» موضع لهمزة الاستفهام مكشوطًا، وكأنه كتبها ثم كشطها موافقة لعبارة الأصحاب.

قال: (**وَلَوْ قَالَ:**) أي: مجيبًا.

(**بَلَى أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْت أَوْ أَبْرَأْتنِي مِنْهُ أَوْ قَضَيْته أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ**) أما في الثلاثة الأول؛ فلأنها ألفاظ موضوعه للتصديق والموافقة، قال الرافعي: وبمثله أجابوا فيه: بأن لعل الفرق مختلف فيه وفي أبرأتني منه وجه: أنه ليس بإقرار؛ لأن البراءة من الشيء لا تقتضي إثباته، كما قال: يقال عن

....

موسى عليه السلام ﴿فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا﴾ [الأحزاب: ٦٩] إذ لم يكن منه ما نسبوه إليه، وأما قضيته فلما تقدم، وفي نسخ قضيته وجه.

تنبيهات وفروع: اعلم أن «بلى» لتحقيق ما يسأل عن نفيه، واشتهر في عرف بعض البلاد استعمالها في تحقيق الجواب، وإن كان إثباتًا؛ ولهذا قالوا هنا: إنها إقرار وفي جزمهم إشكال؛ لأن الرافعي عند الكلام على قوله: أليس لي عليك ألف درهم، قال: إن «بلى» تكذيب لما دخل عليه حرف الاستفهام، وجعل ذلك دليلًا للقائل هناك بعد اللزوم، وعلل الوجه الآخر بالعرف، وقياس ذلك أن يأتي هنا فيها إذا طرد عرف الوجهان منا، وهما اتباع اللغة أو العرف، وحيث لا عرف يقطع بعدم الإقرار، إلا إن يثبت في اللغة أنه يجاب بها للإثبات، ويقصد بها تقريره مرادفة لنعم ولا نعرفه.

وكلام الرافعي بنفيه، وفي بلادنا هذا لا يقتضي العرف ذلك، فإذا قال بها: «بلى» جوابًا عن إثبات، فينبغي ألا يكون إقرارًا، هكذا قاله بعض الشيوخ، وقال غيره: بلى ليست موضوعه لتصديق الإيجاب لا لغةً، ولا عرفًا، ولا يكون الجواب بها صحيحًا، فلا يكون إقرارًا، نعم جاءت في صحيح مسلم، وفي قوله ﷺ: «أنت الذي لقيتني بمكة؟، فقال له: بلى»[1].

قلت: وعرف بلاد العجم وبعض الشمال على ما شاهدناه استعمالها للإيجاب كنعم.

وفي «تجربة» الروياني: لو قال له الحاكم: عقب الدعوى ما نقول، فقال: نعم، قال أصحابنا: يكون إقرارًا لأن تقديره نعم، له على ما يدعيه.

قال: وهذا غلط؛ بل لا يكون إقرارًا حتى يقول الحاكم: ما تقول فيما يدعيه عليك، فيقول: نعم.

قلت: وفي هذا شيء سيأتي بيانه، وقوله: صدقت إقرار صريح، وسيأتي ما فيه.

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٦٧).

وَلَوْ قَالَ: أَنَا مُقِرٌّ أَوْ أَنَا أُقِرُّ بِهِ، فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ.

وقال الفهري: لو سأله القاضي، فقال: صدقت أو كما قال، أو أخذ، أو أي لعمري وهو محق، كان هذا إقرارًا .

قلت: وفي الأخير وقفة، وقد قال الشيخان وغيرهما لو قال: لا أنكر أن يكون محقًّا، فليس إقرارًا، ويجوز أن يريد في شيء آخر، فلو قال: فيما تدعيه، فهو إقرار، ولو قال: أي لعمري فهو تصديق ذكرها جماعة أيضًا.

و«أي»: في اللغة بمعنى: نعم في القسم خاصة، قال تعالى: ﴿إِي وَرَبِّيٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّۖ﴾ [يونس: ٥٣] وتقولها العامة بدون القسم، ويلحقون به هنا أسلمت.

وقال الرافعي: إنهم أجابوا في لعمري بأنه تصديق، ولعل العرف يختلف فيه، ولم يدله هو وجماعة، أي: قبلها، فلعل هذا في بلادهم، وأما ببلادنا فيجب القطع بأنه ليس بإقرار؛ لأن العرف لا يقتضيه، وأكثر أهل زماننا لا يعرفون معناه، وكذا «أجل» أكثرهم لا يعرف معناها، فالوجه عدم المؤاخذة بإطلاقها، بل يجب استفسار مطلقهما، وقوله: أبرأتني منه، إقرار على الصحيح كما سبق لا أبرأتني فقط.

وكذا قوله للحاكم: قد أقر أنه أبرأني، أو أنه قد استوفى مني الألف، قاله القفال في «الفتاوى»، ومثله: أنت أقررت بأنك أبرأتني، أو أنك استوفيت مني، وقوله: إذ أنا مقر به، فهو إقرار.

قال الرافعي في «شرحه الصغير»: عليه أن يقال في موضع هذا ما إذا قال: أنا مقر لك به، وإلا فيحتمل أن يريد الإقرار به لغيره، وسيأتي كلام «الشرح» لو ادعى ألفًا، فقال: قضيته فمقر به، ولو قال: قضيته منه مائة، فمقر بمائة، لا على غير الأظهر أو الأصح.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: أَنَا مُقِرٌّ)** أي: ولم يقل به.

(أَوْ أَنَا أُقِرُّ بِهِ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ) قال الرافعي في الأولى: بجواز أن يريد بالإقرار ببطلان دعواه أو بأن الله واحد.

قال: وهذا يدل على أن الحكم بقوله: أنا مقر فيما إذا خاطبه، وقال: أنا

....

مقر لك به، وإلا فيجوز أن يريد غيره، انتهى.

وفي «الحاوي» و«البحر» أن أصح الوجهين: أن قوله: أنا مقر إقرار؛ لأنه إذا كان جوابًا عن الدعوى انصرف إليها، وكان أبلغ جوابًا من نعم، انتهى.

وجزم في «البحر»: بأنه لو قال: لا أنكره، أو لا أنكر ما يدعيه، أو أنا مقر بما يدعيه، كان إقرارًا، انتهى.

وفي الصورة الأولى: نظر ظاهر، وأما في قوله: أنا أقر به، فظاهره الوعد بالإقرار به، وكذا قوله: أنا أقر لك، أو أنا مقر لك، أو لا أنكر، قاله في «البحر»؛ لأنه يحتمل لا أنكر قدرة الله تعالى.

قال في «الكافي»: ولو قال: أنا لا أنكر أنك محق، أو قال: أنا أقر أنك محق، فليس بإقرار لاحتمال أنه إذا أراد أنك محق في اعتقادك.

واعلم أنهما صورا المسألة في «الشرح» و«الروضة» بأن أقر لك به، ونسب الإمام فيها إلى الأكثرين: أنه إقرار.

وقال الغزالي في «البسيط»: إذا قال: لي عليك ألف، فقال: أنا أقر لك، قال القاضي: ليس بإقرار؛ لأنه صيغة الوعد، وهو صريح في الوعد، والوعد بالإقرار ليس إقرارًا، ومعناه سأقر به، وخالف الأصحاب في هذا، وقالوا هو إقرار، ولا يحمل على الوعد، إذ قرينة الدعوى تدل عليه، ولو وعد الإقرار أيضًا، فهو إقرار في الحال؛ ولهذا قال معظم الأصحاب: الوكالة بالإقرار إقرار في الحال، انتهى.

قال الرافعي والمصنف: وفيما نقله الإمام نظر؛ لأن العراقيين والقاضيين الحسين والروياني قطعوا بأنه ليس بإقرار، ولا يحكى الوجه الآخر إلا نادرًا، وأيده الرافعي بأنهم اتفقوا على أنه لو قال: لا أنكر ما تدعيه، كان إقرارًا، ولم يحملوه على الوعد بالإقرار، انتهى.

وما أطلقوه من كونه مقرًّا بقوله: لا أنكر ما تدعيه، أو لست منكرًا فيه نظر؛ لأن بين الإنكار والإقرار واسطة وهي السكوت.

وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عَلَيْك كَذَا فَقَالَ بَلَى أَوْ نَعَمْ فَإِقْرَارٌ، وَفِي نَعَمْ وَجْهٌ.

وقد قالوا: لو قال: لا أقر ولا أنكر، كان كسكوته، فيجعل منكرًا، وكان عذرهم هذا أن الاقتصار على قوله لا أنكر يقتضي الإقرار، أو الغرم وهو ممنوع؛ لأنه قد يشك فيمهل حتى ينظر، نعم هو ظاهر في ذلك، ولكنا لا نكتفي في الإقرار بالظهور، بل يشترط التعيين، وفي «شرح الكفاية» للقميري أنه لو قال: لا أنكر ولا أريد على هذا، ففيه جوابان أحدهما: أنه مقر؛ لأنه إذا لم ينكر فهو مقر، والثاني: أنه غير مجيب، ويطالب بالجواب.

فائدة: ذكرها الرافعي على وجه المباحثة: اللفظ وإن كان صريحًا في التصديق، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب، ومن جملتها الأداء والإبراء، وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار، فشبهه أن يحمل قول الصحاب إن صدقت، وما في معناها إقرار على غير هذه الحالة، فأما إذا اجتمعت القرائن، فلا يكون إقرارًا، أو يقال فيها خلاف لتعارض اللفظ والقرينة، كما لو قال لي: عليك ألف، فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء: لك عليَّ ألف، فإن المتولي حكى وجهين، انتهى.

قيل: والأقوى اتباع القرائن، وقد تذكر لفظًا لو تجرد لم يكن إقرارًا، ويضم إليه قرائن كما يقع عند الحكام كثيرًا، يسأل القاضي المدعى عليه عن جواب الدعوى، فيقول عندي فهو اللفظ لو تجرد لاحتمل عندي شيء آخر له أو لقرينة، ولكن قرينة الجواب تصرفه إلى المدعى به، والظاهر نظرًا لا نقلًا أنه إقرار، انتهى.

وفيه نظر وقد تدل القرينة على التكذيب، وسيأتي شيء من هذا، وأما قول المدعى عليه: الدين عندي أوله عندي، فقد جرى به عرف العامة في جواب تصديق المدعي، ولا يفرقون بين عليَّ وله عندي ما ادعاه، فيظهر القول أنه معترف بالدين المدعى العرف المطرد به.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عَلَيْك كَذَا فَقَالَ بَلَى أَوْ نَعَمْ فَإِقْرَارٌ، وَفِي نَعَمْ وَجْهٌ**).

قلت: وهو الجواب في «التهذيب» و«الكافي» كما هو مقتضاه في اللغة،

وَلَوْ قَالَ: اقْضِ الْأَلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْك فَقَالَ: نَعَمْ أَوْ أَقْضِي غَدًا أَوْ أَمْهِلْنِي يَوْمًا أَوْ حَتَّى أَقْعُدَ أَوْ أَفْتَحَ الْكِيسَ أَوْ أَجِدَ فَإِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ.

ولعله أرجح، وقد جرت عادة كثير من الناس إذا استخبر على شيء أن يقول مجيبًا: نعم، مستفهمًا بها يريد ما الذي يقوله.

واختار العماد بن يونس الكبير في محيطه «الفرق بين العارف بالعربية وغيره»، ولو قال: هل لي عليك ألف، فقال: نعم، فإقرار جزم به في «الكافي» و«التهذيب» قال تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا۟ نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤].

قال: (**وَلَوْ قَالَ: اقْضِ الْأَلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْك فَقَالَ: نَعَمْ أَوْ أَقْضِي غَدًا أَوْ أَمْهِلْنِي يَوْمًا أَوْ حَتَّى أَقْعُدَ أَوْ أَفْتَحَ الْكِيسَ أَوْ أَجِدَ [المفتاح] فَإِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ**) أما قوله: نعم، فظاهر، وبه جزم البغوي وغيره، ولا وجه للتردد فيه؛ وكهذا عبارة «الروضة» قوله: نعم إقرار على المذهب، وتردد فيه بعضهم.

وقال أبو سعيد الهروي في «الإشراف»، وشريح الروياني في «روضته»: لو قال: أعطني الألف التي عليك، فقال: نعم فليس بإقرار.

وعند أبي حنيفة، وأبي الطيب يعني: سهل الصعلوكي: هو إقرار كما لو قيل لزيد: عليك ألف، فقال: نعم، دليلنا إن نعم يحتمل أن ترجع إلى نفس الإعطاء، لا إلى الوجوب؛ لأنه يقول: أعطيك، وليس بواجب عليَّ، يدل عليه أنه لو أعطاه لم يتضمن الإعطاء الإيجاب؛ فكذلك وعد الإعطاء، انتهى. وهذا منهما يقتضي أن المذهب أنه ليس بإقرار.

وقال شريح: وعلى هذا الخلاف لو قال: أسرج دابتي، فقال: نعم.

وفي «التهذيب»: أنه لو قال: أعطني عبدي هذا، أو قال: استر عبدي هذا، فقال: نعم كان إقرارًا بعبد للقائل، وأما ما بعد نعم ففي «الروضة»، وأصلها أنه إذا قال: أعطني هذا أو أبعث من يأخذ، أو أمهلني حتى أصرف الدراهم، أو أفتح الصندوق، أو أقعد حتى تأخذ أو لا أخذ اليوم، أو لا يوم المطالبة، أو ما أكثر التقاضي، أو والله لأقضينك، فجميع هذه العبارات إقرار

....

عند أبي حتيفة، وأما أصحابنا فيختلفون في ذلك، والميل إلى موافقته في أكثر الصور، انتهى.

وذكر في «التهذيب»: أن ذلك إقرار عند أبي حنيفة، وهو محتمل عندنا، كقوله: نعم. وقال في «الكافي» لو قال: أدِّ حقي، أو أعطني ديني، فقال: نعم، أو أقعد حتى يجيء الغلام، أو أمهلني، أو لآخر اليوم، أو يكثر التقاضي عليَّ ألا يكون إقرارًا، وعند أبي حنيفة يكون إقرارًا.

وقال الهروي في «الإشراف»: له غدًا أقضي حقك، فليس بإقرار؛ لأنه يحتمل أمورًا لو أجابه بلقد عممتني، ما أكثر ما يتقاضى بها، والله لأقضينك لم يكن إقرارًا خلافًا لأبي حنيفة، والشيخ سهل.

وكذا ذكر شريح الروياني نقلًا وتوجيهًا وترجيحًا، وهو الأصح المختار؛ لأن الإقرار عندنا يبنى على اليقين، ولا تعين.

وأن قوله: ابعث من يأخذه، فقريب من خذه، والاستهزاء متطرق إليها جميعًا، وكذا قوله: حتى أضرب الدراهم، أو أفتح الكيس أو الصندوق، وأشباهها المحتملة، ويقوى صرفها إلى الهزل، وعند قرينة يشعر به، ولا سيما من ظاهر حاله الفقر، وعدم الصندوق والغلام وأشباه ذلك، بل الظاهر أن ذلك من ظاهر الفقر بمجرده استهزاء، أو كذا كونه ببلد لا تصرف به الدراهم، وأما قوله: لا تدم المطالبة، وما أكثر ما يتقاضى، فبعيد جدًّا، جعله بمجرده إقرار عندنا.

وفي «البحر»: لو قال: اقض الألف التي لي عليك، فقال: انتظرني أو أرفق بي، أو اقعد، وسؤلك إليَّ، أو سهل الله تعالى ذلك، أو انظر في حسابي، فليس بإقرار لاحتماله.

وفيه أنه لو قال: استر عبدي هذا، فقال: لا أفعل فليس بإقرار، خلافًا لأبي حنيفة، ولو قال: نعم أدِّ كم الثمن كان إقرارًا، وأنه لو قال: أقرضتك مائة، فقال: ما أقرضت من أحد سواك لم يكن إقرارًا، ولو قال في جوابه: ثبت أو ليتني ما فعلت، أو هي نوته كان إقرارًا.

....

قلت: الوجه في الأولى المنع، وهو المختار الأقوى في الثالثة، وفي الثانية، وهو شرح الكفاية للصيمري: أنه لو قال: أقرضتك، فقال: والله لا أقرضت غيره كان إقرارًا؛ وكذا لو قال: كم يمن عليَّ، ويحتمل أنه لو قال: أقرضتك كذا، فرده عليَّ، فقال: إذا وسع الله عليَّ، أو جاءت الغلة، فهو إقرار.

قلت: والهزل متطرق إلى الثانية، إن لم يكن بمن له عليه، والثاني: أنه لو قال: أستخير الله تعالى، أو حسبنا الله تعالى ونحوهما، فليس بإقرار.

وفي «روضة» شريح: أنه لو ادعى عليه ألف، فقال: أخذت منها شيئًا، فوجهان أحدهما: أنه إقرار، والثاني: لا يكون إقرارًا؛ لأنه قد يأخذ مما يدعيه شيئًا ليس له، ولو ادعى عليه دراهم، فقال: كم وزنها، أو متى يحل أجلها لم يكن إقرارًا، وأنه لو طالبه بكم حنطة، فقال: أرسل من يكتاله، أو وكِّل من يقبضه فوجهان، وأنه لو قال: ليس عندي اليوم، فقد قيل فيه وجهان، وأنه لو قال: عليَّ لزيد ألف درهم في علم فلان، أو بعلمه، أو بقوله، أو في قوله، وفي حسابه أو بحسابه لم يكن إقرارًا.

وحكى أحد الوجهين في قوله: بعلمه، ولو قال: لي عليك عشرة، فقال: لك أكثر مما ادعيت، لم يكن إقرارًا؛ لاحتمال أن يزيد من الحرمة، انتهى.

وفي «التتمة»: لو قال لي: عليك ألف، فقال في الجواب غيره، دانق الذهب أنه ليس بإقرار؛ لأن نفي الشيء لا يدل على ثبوت غيره.

فرع: قال: كان عليَّ ألف لفلان، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له، فهو إقرار في الحال أم لا؟ وجهان.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يكون أصحهما الثاني، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني، انتهى.

وذكر المتولي أنه المشهور، وقال في «البحر»: الظاهر أنه إقرار.

وفي «التجربة»: أنه لو قال: كان له عليَّ ألف، كان إقرارًا؛ لأنه أخبر عن واجب كان عليه، فلا يبدأ بدعواه، قال: وغلط من قال غيره.

....

قلت: واختلف كلام «الروضة»، ففي «الدعاوى» في زيادة له، وأنه لو قال المدعى عليه: كان ملكك أمس، فالأصح وبه قطع ابن الصباغ أنه يؤاخذ به، ولو قال: كان بيدك أمس لم يؤاخذ به في الأصح.

وكلام الرافعي يقتضي أنه يؤاخذ بهما جميعًا، لكنه في أول الباب قال: لو قال: كان له عليَّ ألف قضية نقل، وفيه خلاف، وذكر هنا أنه لو قال: هذه الدار أسكنت فيها فلانًا، ثم أخرجته منها، قيل إقرار باليد.

وعن أبي علي الزجاجي: أنه ليس بإقرار، وصحح المصنف: أنه إقرار يحتاج أن يفرق بين هذه وصوره أول الفرع، والظاهر أن قوله: كان له عليَّ ألف، أنه إقرار كما صوره الروياني، وأما الثانية: فهي مثلها إذا كانت الصيغة هذه الدار.

قيل: وأما الصيغة المذكورة ففيها نظر؛ لأن قوله: داري مع الإقرار لا يجتمعان كقوله: داري لزيد.

والذي رواه الجوري عن بعض أصحابنا: أنه إذا قال: دفعت هذا الثوب إلى فلان الخياط، ثم أعطيته كراه، وأخذ به، أو أسكنت فلانًا هذه الدار، ثم حولته أن القول قول الخياط والساكن المنتقل إذا ادعينا الملك، وإن قال: أخرجته من داري، وأخذت من الخياط ثوبي، فالقول قول المقر؛ لأنه أضاف الشيء إلى نفسه، وهذا يقتضي المنازعة في تصوير الرافعي، وزيادة الإشكال على المصنف حيث وافق الرافعي على التصوير والحكم المخالف لمسألة كانت عنده، لكن هكذا صور المسألة العبادي، والهروي، وشريح الروياني: في هذه داري أسكنت فيها فلانًا، ونقلوا عن سهل الصعلوكي: أنه لا يصدق؛ لأنه أقر له باليد.

وعن الزجاجي: أنه يصدق؛ لأنه أقر لغيره بيد من جهته، كما لو قال: هذا العبد لي بعته منك، ولم استوف ثمنه، يقبل قوله ولا يؤمن بتسيلم العبد ما لم يوفر عليه الثمن، ويفارق ما لو قال: أخرت منه ألفًا كانت لي قرضًا عنده، يؤمر بردها عليه؛ لأنه أقر بأخذه من ملكه، انتهى.

....

وعندي: أن هذا أصح، وأن هذه غير مسألة الجوري، وأنها ليست كقوله: داري لزيد؛ لأنه غير منتظم، وهذا منتظم.

ثم رأيت شريح قال: تعين ما سبق، بقائمة أنه لو قال: أسكنت فلانًا في بيتي، ثم أخرجته منه، فادعى الساكن أنه له، فالقول قول الساكن مع يمينه؛ لأنه أقر أنه أخذه منه وأخرجه منه، وكذا لو قال: دفعت ثوبي إليه ليخيطه، وقد أخاطه وأخذته منه.

وحكى جدي عن بعض أصحابنا وجهان: أن القول قول المقر؛ لأنه أضافه إلى نفسه، انتهى.

وظاهره يخالف الأول للإضافة إلى الموضعين، خلاف عبارة الجوري، وهذا إنما يجيء من عدم تحرير العبارات.

فرع: لو كتب لزيد على ألف درهم، ثم قال للشهود: اشهدوا عليَّ مما فيه، وكتب على الأرض، ذكره في «البيان»، و«زوائد الروضة»، وهو موافق لما نقلاه في «الأقضية» عن رواية الصيمري على مذهب الشافعي وغيره.

ومخالف لما صححه الغزالي هناك: أنه يكفي في الإقرار دون القاضي.

ورأى الرافعي تنزيل الخلاف على الشهادة، بأنه أقر بمضمون الإعالة، والقطع بالشهادة بالإقرار منها، ورد ابن الرفعة عليه، وبين أن الأصح ما نقله الصيمري وغيره، وقد أوضحت المسألة أكمل إيضاح في «الغنية» هنا، وذكرت فيها ما ينبغي الوقوف عليه، وإنما تركته لطوله، والله أعلم.

فرع: يصح الإقرار بجميع اللغات، إذا عرف المقر معنى الكلام.

قيل: الإقرار سواء كان من أهل ذلك اللسان أم لا، فلو أقر الأعجمي بالعربية بشيء، ثم قال: لم أعلم معناه بالعربية، صدق بيمينه، وكذا لو أقر العربي بالعجمية بشيء، ثم قال: إنه لم يعرف معناه، صدق بيمينه، إذا كان ممن يجوز أن يحتمله، وهكذا الحكم في جميع العقود والحلول، أي: إلا أن يكون للمدعي بينة أنه يعرف ذلك اللسان، قاله العمراني.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ بِهِ أَنْ لَا يَكُونَ مِلْكًا لِلْمُقِرِّ، ....

فرع: في «روضة» شريح لو قال لفلان: علينا ألف درهم، وأشار بيده إلى نفسه، وإلى رجلين فوجهان، أحدهما: يلزمه الألف ولا تنفعه الإشارة، وأظهرهما: يلزمه ثلث الألف، ولو قال لرجل: لكم عليَّ ألف، وقال: أردت به لك ولفلان، وكانا غائبين، فقال المخاطب: كل الألف لي، قال جدي: القول قول المقر بيمينه فيما أراد، وعندي أن الجميع للمخاطب، فقد يخاطب الواحد بخطاب الجماعة، ولو قال لفلان عليَّ وعلى فلان، وسماها ألف درهم لم يلزمه إلا قضية، أي: قطعًا.

قال: **(فَصْلٌ يُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ بِهِ أَنْ لَا يَكُونَ مِلْكًا لِلْمُقِرِّ)** لأن الإقرار ليس بإزالة ملك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكًا للمقر له، فلا بدَّ من تقديم المخبر به على الخبر، فلو كان المقر كاذبًا لم يحل للمقر له باطنًا، وإن وجدنا المقر بإقراره ظاهرًا، ولو شهدوا أن زيدًا أقر لعمرو بكذا، وأن المقر به كان ملكًا لزيد إلى حين الإقرار بطلت الشهادة، ذكره العبادي عن النص، وجرى عليه الأصحاب، وعبارة شريح الروياني، ولو شهد بأنه أقر بهذه الدار لفلان، وكانت ملكه يوم أقر.

قال الأستاذ أبو إسحاق: هذا الإقرار غير صحيح.

قال العبادي: ورأيته منصوصًا للشافعي، انتهى.

وعن ابن عبد السلام: أنه ينبغي أن يختص البطلان بشهادتهم بالاستمرار إلى الإقرار دون إثبات الملك دون الإقرار، فإنه يخرج على الخلاف في نقض الشهادة، انتهى.

وهذا أحسن إن شرع الشهود بالأداء كذلك، دون ما إذا التمس الأداء منهم على هذا الوجه، فتأمله.

فائدة: قيل: حد المقر به كل ما جازت المطالبة به، وقيل: كل ما جاز الانتفاع به، وصححه الماوردي.

فَلَوْ قَالَ دَارِي أَوْ ثَوْبِي أَوْ دَيْنِي الَّذِي عَلَى زَيْدٍ لِعَمْرٍو فَهُوَ لَغْوٌ.

وَلَوْ قَالَ هَذَا لِفُلَانٍ، وَكَانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقْرَرْت بِهِ فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ، وَآخِرُهُ لَغْوٌ،

قال: **(فَلَوْ قَالَ دَارِي أَوْ ثَوْبِي أَوْ دَيْنِي: دَارِي أَوْ ثَوْبِي الَّذِي عَلَى زَيْدٍ لِعَمْرٍو فَهُوَ لَغْوٌ)** لأن الإضافة إليه تقتضي الملك له، فينافي إقراره لغيره.

قال: **(وَلَوْ قَالَ هَذَا لِفُلَانٍ، وَكَانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقْرَرْت بِهِ فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ، وَآخِرُهُ لَغْوٌ)** قال الغزالي: ولم يحمل للشافعي في الدار على أن المراد بالإضافة السكنى، وإن كان له اتجاه قبل حمله على ذلك فجاز، والأصل الحقيقة.

نعم، قال البغوي في «الفتاوى»: لو قال أردت الإقرار، قيل: لأنه يريد بذلك إضافة السكنى.

قلت: فينبغي أن يقال سيفسر المطلق، وتعهد بقوله بخلاف ما لو قال: داري التي هي ملكي لزيد؛ للتناقض الصريح، ومثله هذه الدار لفلان متصلًا بالكلام الأول، فإقرار مقبول صرح به الإمام وغيره؛ لعدم التناقض، وهو إقرار بعد إنكار.

فرع: قال الشيخ أبو علي: من أقر على نفسه شيء، وأمكن صدقه فيه بوجه من الوجوه، قبل إقراره، فمتى أقر زيد بأن الدين الذي على فلان هو لفلان، ثبت إقراره كما لو أقر بعين في يده، ويكون للمقر له في الحكم، وهذا إذا لم يكن يعلم حقيقة أنه للمقر، فإن تحققنا بطل إقراره لا مالك له، فلا يزول ملكه بالكذب، وكذا لو قال: هذا الشيء له، وعلمنا أنه كاذب لا يقبل قوله مثل أن يكون له عبد يعرف رقه، فيعتقه ثم يقر هو أو غيره له في ذلك المجلس بمال لم يصح بخلاف ما إذا احتمل صدقه، انتهى.

فإذا قال: الدين الذي على زيد لعمرو، واسمي في الكتاب، عارضه صح لاحتمال الوكالة وغيرها، هكذا أورداه في «الروضة» وأصلها، ولم يذكر الشيخ، ولا صاحب «التهذيب» و«الكافي» واسمي في الكتاب عارية، فعلمنا أنه ليس له شرط، ولا شك في هذا فيما لا مناقضة فيه بين إقراره، وما في الكتاب.

قيل: أما لو ناقضها بأن كان في الكتاب، بأنه اشترى لنفسه مثلًا، ففيه

....

صور أحدها: أن تكون البينة قد شهدت بأن الشراء لنفسه، ولا يسمع إقراره بعد ذلك أن الشراء لغيره.

قال: ولم أره منقولًا، ولكن سمعته من ابن الرفعة عن مشايخنا الثلاثة: أن تكون البينة قد شهدت على إقراره بالشراء لنفسه، فبقي من بعد أن الشراء في هذا المكتوب لزيد، من غير أن يقول اشتريته لنفسي هاهنا، ينبغي أن يسمع لعدم التناقض.

الثالثة: إذا قال: هذا الذي اشتريته لنفسي لزيد، فهذا متناقض، فينبغي بطلانه؛ لقوله: داري لزيد.

وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو قال: الدار التي اشتريتها لنفسي لفلان، فلا يكون إقرارًا إلا أن يريده، وهو كما قاله في قوله: داري لزيد؛ لأنه يريد هناك بالإضافة السكنى، وقد يقال: لا يتناقض هناك، وهنا بتناقض صريح، إلا أن يريد أن الدار التي اشتريتها لنفسي في الماضي لأن لزيد، فيصح بجواز الانتقال، فلا يكون مما نحن فيه، وحينئذ ينبغي أن يقال في مسألة فتاوى البغوي: أنه إقرار عند الإطلاق، ويكون معناه الإقرار بها؛ لأن كلامه إنما هو في إقراره بالشراء المتقدم، انتهى.

فرع: لو قال لك: سكني هذه الدار.

قال الماوردي: فهو إقرار لازم بملك السكنى عن إجارة في الظاهر، فإن ادعاها، وطلب الأجرة لزم المقر له دفع الأجرة، إن قبل الإقرار، وإن رده عليه فلا أجرة عليه، ولا سكنى له، وينقدح أن يجيء في لزوم الأجرة له خلاف إذا قال المقر له: بل إنما ذلك لي عن وصية أو وقف ونحو ذلك؛ لأن المقر أطلق أن له سكناها، ثم ادّعى إجارة الأصل عدمها، فتأمله.

ثم رأيت الشَّافِعِي قال في «الأم»: لو قال له: فيها سكنى أو له بما شاء من السكنى، وإلى أي مدة شاء يومًا أو أقل أو أكثر، ثم قال: وإن قال: لك سكنى إجارة، وذكر مسألة الماوردي، فتأمل ذلك وتدبره، ولو قال أبوه لزيد على أبي

وَلْيَكُنْ الْمُقَرُّ بِهِ فِي يَدِ الْمُقِرِّ لِيُسَلِّمَ بِالْإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ.

فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ عُمِلَ بِمُقْتَضَى الْإِقْرَارِ، فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ.

ألف درهم، ثم مات الآن أخذ الإذن بموجب إقراره كما لو أقر بعين في يد أبيه، قاله القفال.

قال: (**وَلْيَكُنْ الْمُقَرُّ بِهِ**) أي: من الأعيان في يد المقر، أي: حسبًا أو حكمًا.

(**فِي يَدِ الْمُقِرِّ لِيُسَلِّمَ بِالْإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ**) **لأنه إذا لم يكن كذلك كان دعوى أو شهادة.**

(**فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ عُمِلَ بِمُقْتَضَى الْإِقْرَارِ**) أي: لوجود شرط العمل به، فإذا أقر به ملك زيد، أو في إجارته أو إرثها منه، التزمنا بتسليمه إليك في الملك والإجارة، وتبعه في الدين الرهينة، ولينظر فيما لو أقر بأنه يستحق منافع العقار إلى مدة معينة .

تنبيه: بأن ما ذكرناه أن من شرط إعمال الإقرار بيده، ولا خفاء من شرط إعمال إقرار اليد في الحال، ألا تكون يده كائنة عن قسم، أو غيره أو جهة وقف هو ناظره، فإذا علم ذلك لم يصح إقراره.

قال ابن الصلاح: وإذا قسم ذلك بعد إقراره على أرباب الوقف لم يعرف قطعًا، ولا يخرج على قولي الغرم بالحيلولة؛ لأن اليد ليست له، كما لو أقر بأن ما في يد زيد لعمرو، انتهى.

ولا خفاء أنه لو كان له نصيب من الوقف، أنه ينتزع نصيبه للمقر له بشرطه.

تنبيه آخر: قال صاحب «البيان» في مسائله المنثورة: لو وهب لولده عينًا، ثم أقبضه إياها، ثم أقر بها لآخر قيل: إقراره ولو أقر البائع بالمبيع في زمن الخيار لآخر، وصدقه صح ولم أره لغيره، ويشبه أن صورة البيع مفرعة على أحد أقوال الملك، وإن صورة الهبة مفرعة على أن تصرفه رجوع، والأصح خلافه.

قال: (**فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ**) أي: مؤاخذةً بإقراره السابق، ويرفع يده عنه، وصح الشراء تصديقًا للبائع، وإن أعتقه

ثُمَّ إنْ كَانَ قَالَ: هُوَ حُرُّ الْأَصْلِ فَشِرَاؤُهُ افْتِدَاءٌ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقَهُ فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ، وَبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَيَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ.

المشتري حريته، استفاد له كما لو خالع زوج شهد بطلاقها، وأعدم له، وكما لو اشترى مسلم مسلمًا من مشرك صح إشهادًا له.

قال: **(ثُمَّ إنْ كَانَ قَالَ: هُوَ حُرُّ الْأَصْلِ فَشِرَاؤُهُ افْتِدَاءٌ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقَهُ فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ)** أي: من جهة المشتري، أما من جهة البائع، فعلى الخلاف الآتي، وإن قال: أعتقته، أي: البائع وسرقه ظلمًا، وفي نسخ: أعتقته كالمحرر على الخطاب، والمعنى واحد، قاصدًا من جهته؛ لتعذر شراء الحرية عليه.

(وَبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَذْهَبِ) نظر إلى اعتقاده، وعلم أن الذي أورده الجمهور أنه بيع من البائع لا محالة.

وفي المشتري وجهان: أحدهما: أنه شراء، وأصحهما: افتداء، عملًا باعتقاده وقوله، ونقل الإمام ومن تبعه ثلاثة أوجه:

الأول: التفصيل، والثاني: بيع منهما، والثالث: فداء منهما، أي: يخرج على كل منهما حكم الفداء تغليبًا لجانب المشتري، ورفضه الرَّافِعِي، وقال المعتمد فيما رواه الأكثرون فلهذا غير المصنف بالمذهب.

قال: **(فَيَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ)** أي: خيار المجلس والشرك.

(لِلْبَائِعِ فَقَطْ) بناءً على أنه بيع من جانبه، وأما المشتري قال: جعلناه شراء في حقه، فله الخيار أو فداء فلا.

وقال الإمام: لا خيار له بالاتفاق، إذ لا ملك له، فإنه يحكم بحريته عليه بمجرد الشراء.

قال: وإذا لم يثبت له، ففي ثبوته للبائع وجهان.

قال: ولا يبعد أن يثبت له خيار الشرط؛ لأنه تقبل الثبوت من جانب فقط.

وللمسألة تفاريع كثيرة:

منها: حيث ثبت الخيار للبائع لا يحكم بالعتق حتى ينقضي الخيار، ولو

....

انقضى الخيار ولم يوفر الثمن، فظاهر كلام المتولي: أنه لا يعتق ما لم يوفه أو يسلم العبد، وحيث لا يثبت الخيار، فظاهر كلام بعضهم أن العتق يحصل بتمام العقد، ولا يتوقف على قبض الثمن، وينبغي أن يقال: يتوقف عليه، وعلى تسليم العبد.

ومنها: لو استأجره مالًا تبعًا للبغوي وغيره، لم يحل له استخدامه ولا الانتفاع به، وللمكري مطالبته بالأجرة.

قال ابن الرفعة: في صحة الإجارة نظر؛ لأنها لا تتضمن الفداء المطلق واجب بأن يصححها لمطالبة المكري بالأجرة دون حل الانتفاع للمكتري لا بائع منه، وهو الصواب، وكأن المراد إلزامه بالأجرة مؤاخذة له، لأن العقد صحيح.

منها: لو أقر بحرية أمة ثم قبل نكاحها ممن هي بيده يدعي رقها.

قالا تبعًا «للتهذيب» وغيره: لم يحل له وطؤها، وطولب بمهرها، زاد الماوردي: ويحل له نكاحها، وأن يأمن العتق، ويجوز بحرة.

وقيل: في تصحيحه نظر لأنه لا يستصعب الحل وليس فيه امتداد المهر غير مفصول في النكاح بخلاف الأجرة في الإجارة.

قلت: ولعل الماوردي أراد ما إذا نكحها منه بإذنها، ولا ولي لها سواه، فيصح؛ لأنها إن كانت حرة فواضح أو رقيقة في الظاهر؛ فالزوج يعتقد حريتها، ويتضح هذا إذا كانت هي تدعي أنه أعتقها ويسترقها ظلمًا.

وفي «الروضة» إثر كلام الرافعي، وينبغي أن يقال: إن أقر بأن الذي هي بيده أعتقها، ولم يكن لها عصبة صح تزويجه؛ لأنه إما مالك أو مولى حرة، انتهى.

وينبغي ألا يصح إلا أن يكون ممن يباح له نكاح الأمة؛ لأن أولاده يسترقون كأمهم، وأيضًا فإنما يقدح ما ذكره إذا كان تزويجها بإذنها لا حرًّا، ولا سيما إذا كانت تدعي الإعتاق أو الحرية، فيكون النكاح باطلًا بوفاق الزوجين.

فصل

وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ فَإِذَا قَالَ لَهُ: عَلَيَّ شَيْءٌ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ، وَإِنْ قَلَّ، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتَمَوَّلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ، وَسِرْجِينٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ.

فصل

قال: (**وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ**) أي: للحاجة إلى حفظ الحقوق.

ونقل القاضي أبو الطيب اتفاق العلماء على صحته، والشيء يخبر عنه تارةً مجملًا وتارةً مفصلًا، بخلاف الأنساب، فإنها لا تحمل ذلك احتياطًا لابتداء الثبوت، وتجردًا عن العدد.

قال: (**فَإِذَا قَالَ لَهُ: عَلَيَّ شَيْءٌ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ، وَإِنْ قَلَّ**) أي: كفلس وكسوة وتمرة، حيث يكون لها قيمة، قيل: وضابط كل ما يتمول ما يسد مسدًّا، أو وقع موقعًا يحصل به حلت يقع، أو دفع ضرر، وفي هذا نظر.

قال: (**وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتَمَوَّلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ**) أي: وسمسمة أو باذنجانة.

(**أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ، وَسِرْجِينٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: فظاهر النص؛ لأنه شيء وهو حرام الأخذ واجب الرد، والثاني: لا يقبل، أما الوجه الثاني: فإنه ليس بمال، وظاهر الإقرار المال، وأما الأول: فإنه لا قيمة، فلا يصح التزامه بكلمة: عليَّ؛ ولهذا لا تصح الدعوى به.

قال الإمام: وهذه هفوة؛ إذ ما يحرم أخذه ويحدده لا يمنع طلبه، ويخرج من «التتمة» وجه فارق بين قوله: «عليَّ»، وبين قوله: «عندي»، فيقبل بالحبة ونحوها في قوله: «عندي» لا في قوله: «عليَّ».

تنبيهات: التمرة والزبيبة حيث لا قيمة لها على الوجهين نفس زمانه لم يقبل، ولو فسره بجوزة، قيل: لأن المفسر لا يتمول في العادة، بل يرمي به، ويخالف هذا لدلالته التمول فيقبل؛ إذ فسره بكثير منه، انتهى.

وزعم شارح من العراقيين: أنه لو فسر قوله: له عليَّ شيء مما لا يتمول،

وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى كَخِنْزِيرٍ، وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ، ....

كقشر الجوز واللوز والباذنجان لم يقبل، انتهى.

وعبارة ابن الرفعة، وغيره كقشرة الفستقة، وقشرة الجوز، وقمع الباذنجانة ونحوه.

قال: وحكى الإمام في الحبة من الحنطة والسمسم، وقمع الباذنجان وجهين: أن ظاهر النص القبول، وهو ما صححه الرافعي في «التهذيب» أنه المذهب؛ لأنه شيء يحرم أخذه، ويجب رده، وتسمع الدعوى به، انتهى.

قوله: «ككلب معلم» يقتضي أنه لا يقبل غيره، وقد قال هو وغيره: إن الكلب الكبير القابل للتعليم كالمعلم، وكذا الجرو الصغير إذ جوزنا إمساكه كذلك، وهو الأصح، ولو قال: موضع معلم يعني لدخل الكلب الدور والماشية والزرع، لكن هل يقبل التفسير به لكل أحد، أو لمن له اقتناؤه لذلك؟ فيه نظر!

وذكر أن صور الوجهين جلد الميتة القابل للدباغ، والخمر المحترمة، واستشكل الإمام قبوله، وقال: من أظهر خمرة، وزعم أنها محترمة.

ذهب طوائف من المحققين: أنها تراق، ولا يقبل قوله: أنها محترمة، انتهى.

وهذا منه شيء على انقسام الخمرة إلى محترمة وغيرها، والمذهب الذي عليه العراقيون خلافه، وأنه يجب إراقة الخمرة مطلقًا.

وأحسن البغوي: فأطلق أن المذهب أنه لا يقبل تفسيره بالخمر، وهو الحق.

قال: (**وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى كَخِنْزِيرٍ، وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ**) أي: حالًا ومالًا، ولا خمرة غيره محترمة، وما أشبه ذلك؛ إذ ليس فيها حق ولا اختصاص، ولا يلزم ردها.

وقيل: يقبل، وعزي إلى ظاهر النص: فيراق الخمر، ويقبل الخنزير.

قلت: ويحتمل أن يقبل في الخمر للذمي، وقد قالوا: إذا غصب منه، ولم يتظاهر بها بحيث ردها إليه فقياسه صحة التفسير بها له خاصة، وكذا في الخنزير للنظر إليه، وهذا كله ونحوه إذا أقر بصيغة «عليَّ»، فإن قال له: في ذمتي شيء، ثم فسره بكلب أو خنزير أو حبة حنطة، فلا خلاف في عدم قبوله؛ لأنها لا تثبت

وَلَا بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلَامٍ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ مَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ،

في الذمة، وعندي في حبة الحنطة توقف، ولا يبعد أن يقال في الكلب إن كان المقر ممن يرى بيعه كالشاة إن يقبل منه، ولا سيما إذا كان المقر له كذلك.

قال: (**وَلَا بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلَامٍ**) أي: ونحوهما؛ لبعده عن الفهم في موضع الإقرار. وصرَّح شُرَيْح بنقل وجهين بلا ترجيح.

قال الْبَغَوِي: ولو قال: له عليَّ حق قبل التفسير بهما.

وقال القاضي الحسين: الظاهر أنه لا يقبل.

وأورده الرافعي، كلام البغوي، ثم قال: وظني أن الفرق بينهما عسير، وكيف لا والحق أخص من الشيء، فيبعد أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل به تفسير الأعم، كما ذكره، وعورض فيما قاله معارضة حسية أوردها في «الغنية»، والمختار قاله البغوي، والأحاديث والعرف يؤيده.

فرع: يقبل تفسيره في قوله: عليَّ شيء بالشفعة، وكذا بحد القذف والقصاص والوديعة على الصحيح.

فرع: لو قال: غصبت منه شيئًا، ثم فسره بخمر أو خنزير نص في «الأم» على القبول، وعلله الرافعي بأن الغصب لا يقتضي إلا الأخذ قهرًا، وليس في لفظه ما يشعر بإلزام حق، بخلاف قوله: عليَّ، وهو رضي، فإنك فسرت الغصب بأنه الاستيلاء على مال أو حق الغير، وهذا ليس بمال ولا حق، وقد حكيت فيه خلافًا، وأحسن فيه كلام ابن الصباغ؛ فإنه قال: لا يقبل تفسيره بالخنزير على الصحيح من الطريقين، وأنه إن فسره بما يتمول قبل أو بكلب وسرجين فوجهان، وهذا ينبغي اعتماده، ويجعل النص شاهدًا لأحد الوجهين في قبول تفسيره على شيء بالخمر والخنزير.

قال: (**وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ مَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ**) أي: أو قليل، أو وافر، أو خطير، أو بفلس ونحوهما (**قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ**)؛ لأنه يحتمل أنه لا يريد به عظيم خطره بكفر مستحله، ورد عارضه والخائن فيه.

وَكَذَا بِالْمُسْتَوْلَدَةِ فِي الْأَصَحِّ، لَا بِكَلْبٍ جِلْدِ مَيْتَةٍ.

وَقَوْلُهُ: لَهُ كَذَا كَقَوْلِهِ: شَيْءٌ، وَقَوْلُهُ: شَيْءٌ شَيْءٌ أَوْ كَذَا كَذَا كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْ،

قال الشافعي في «الأم»: أصل ما أبني عليه الإقرار أن ألزم اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة، انتهى.

قال الشيخ أبو علي: أراد إذا استعمل العادة، ولا ما غلب على الناس، واعلم أن ما أورده المصنف هو المعروف، ورواه وجهين شاذين.

وأغرب الكندي في «الإرشاد» فقال: بعد نقله المشهور في مال عظيم أو كثير، وحكي عن الشافعي أنه كان يقول: إنه يلزمه عشرون دينارًا، أو مائتا درهم، انتهى. وكأنه يشير إلى أنه قول قديم، فالله أعلم.

إشارة: ذكر المصنف أنه يقبل تفسير قوله: شيء كحبة حنطة على الأصح، فافهم كلامه هذا، وقوله: بحبة الحنطة ونحوها، جزمًا ولك إن تظهرت العجب من نقله الخلاف السابق في شيء دون مال، ومال عظيم ونحوها، وينبغي أن يعكس ذلك.

قال: (**وَكَذَا بِالْمُسْتَوْلَدَةِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه قال: ستبيع بها وتؤجر، وإن كانت لا تباع، ووجه المنع خروجها عن اسم المال المطلق.

قال الرافعي: ولو فسره بوقف عليه، فيشبه أن يخرج على الخلاف في أن الملك في الوقف لمن، انتهى.

ويحتمل القبول؛ لأن أهل العرف يعدونه مالًا للموقوف عليه نظر إلى القلة.

قال: (**لَا بِكَلْبٍ جِلْدِ مَيْتَةٍ**) أي: وغيرهما من النجاسات؛ إذ لا مال، ويجيء في الكلب وجلد الميتة ما أشرت إليه، وكذا في السرجين ونحوه إذا كانا ممن يرى ذلك ما لا يجوز بيعه، ولم أر لهم كلامًا فيما إذا فسره بماء نجس يعارض، وينبغي أن يأتي في قبوله ما سبق في البيع من التفصيل والخلاف، قال: وقوله: كذا، كقوله شيء، أي: فيأتي فيه الأحكام السابقة في قوله شيء.

قال: (**وَقَوْلُهُ: لَهُ كَذَا كَقَوْلِهِ: شَيْءٌ، وَقَوْلُهُ: شَيْءٌ شَيْءٌ أَوْ كَذَا كَذَا كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْ**) لأن الثاني أكيد.

وَلَوْ قَالَ شَيْءٌ وَشَيْءٌ أَوْ كَذَا وَكَذَا وَجَبَ شَيْئَانِ، وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا أَوْ رَفَعَ الدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ، ....

(**وَلَوْ قَالَ: شَيْءٌ وَشَيْءٌ أَوْ كَذَا وَكَذَا وَجَبَ شَيْئَانِ**)؛ لاقتضاء العطف المغايرة، وله التفسير بمتفقين كفلسين، وفلس وثمرة مثلًا.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا أَوْ رَفَعَ الدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ**) لما في حالة النصب لفلان الدرهم فسر بما اتهمه.

وقال أبو إسحاق بمذهب أبي حنيفة: يلزمه عشرون درهمًا، إن كان يعرف العربية؛ لأنه أول اسم مفرد بنصب التمييز عقبه واجب، بأن في تفسير المهم لا ينظر إلى الإعراب؛ ولهذا لو قال: كذا درهم لا يلزمه مائة وفاقًا، فإن اقتضاه الإعراب دلنا في حالة الرفع بدرهم وفاقًا، وتقديره: عليَّ شيء هو درهم، فهو عطف بيان أو بدل.

وأما في حالة الجر فادعى الماوردي اتفاق الأصحاب عليه، وليس كما قال بل فيه وجه؛ لابن القاص، والقاضي أبي الطيب: أنه يلزمه بعض درهم، وتقدير: كذا وكذا من درهم، صححه الشافعي، وشيخاه أبو إسحاق، وأبو نصر، وجزم به الجرجاني في «تحريره»، واختاره الفارقي، وابن أبي عجرون، ولكنه خصه بالنحوي.

وقال في «الإبصار»: ولو قال: كذا وكذا درهم بالخفض، لزمه جزءان من درهم، فيلزمه بعض درهم، والثاني: يلزمه درهم، والأول عليه أكثر أصحابنا، وقد قدمت أنه ينبغي أن يختلف بمعرفة الإعراب وجهله به، فمن لا يعرفه الكل في حقه سواء يلزمه إلا درهم واحد في المفرد، والمعطوف عليه.

وفي المسألة قول آخر: أنه إن أطلق كان على ما قدمته، وإن أراد واحد لم يلزمه، وإن اختلف إعرابه وهو متجه؛ لأن المرجع إلى تفسيره وقد فسره بما أراد، انتهى.

وقال المتولي: إعرابه التفصيل بين الجر والإشكال وغيرهما فيمن يحسن الإعراب صحيح، فأما غيره فيجب أن يلزمه درهم أبدًا، انتهى.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا بِالنَّصْبِ وَجَبَ دِرْهَمَانِ، وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ أَوْ جَرَّ فَدِرْهَمٌ، وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوَ فَدِرْهَمٌ فِي الْأَحْوَالِ.

والمذكور في «التهذيب» الوجه الأول لا الثاني، كما ادعاه ابن الرفعة، وتسكين الدرهم كخفضه.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا بِالنَّصْبِ وَجَبَ دِرْهَمَانِ)** وجب درهمان؛ لأنه أقر بكلمتين مهمتين، وعقبهما بالدرهم، والظاهر كونه تفسيرًا لهما؛ ولأن التمييز وصف، والوصف المتعقب ليس يعود إليهما عند الشافعي، والمشهور طريقان أشهرهما فيه ثلاثة أقوال، أظهرها: وجوب درهمين، وثانيها: وجوب درهم؛ لجواز تجويز اللفظين معًا، والثالث: درهم وشيء الدرهم؛ لتفسير الجملة الثانية، والشيء الأول النافية على إبهامها، والثانية: القطع بدرهمين.

وفي طريقة ثالثة في «الحاوي»: القطع بدرهم.

وقال أبو إسحاق: يلزمه أحد وعشرون درهمًا إن عرف العربية رخص اختلاف الطرق، وتصرف الأصحاب بغيره.

قال الرافعي: ولو قال: كذا وكذا وكذا درهمًا، إن قلنا: لو ذكر مرتين لزمه درهمان، فهنا يلزمه ثلاثة، وإن قلنا: يلزمه درهم، فكذلك هاهنا.

قال: **(وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ أَوْ جَرَّ فَدِرْهَمٌ، وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوَ فَدِرْهَمٌ فِي الْأَحْوَالِ)** هذا معطوف على قوله والمذهب، فافهم نقل طريقين في الرفع والجر، وفي الرفع طريقان أحدهما: طرد القولين الأولين، وأصحهما القطع بدرهم، ونقل الإمام وغيره الوفاق فيه.

وقيل: يلزمه درهمان قطعًا، وليس بمشهور، وجمع في «الذخائر» في حالتي النصب والرفع بطرق أوسع، وأما في حالة الجر، فالمذكور في «الروضة» وأصلها: لزوم درهم فقط.

قال الرافعي: يمكن أن نخرج مما سبق: أنه يلزمه شيء مبهم، درهم أو لا يلزمه إلا بعض درهم، انتهى.

وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ قُبِلَ تَفْسِيرُ الْأَلْفِ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ، وَلَوْ قَالَ: خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى الصَّحِيحِ.

ونقل ابن الرفعة عن القاضي أبو الطيب: أنه يلزمه بعض درهم، كما أبداه الرافعي بحثًا، وعن الماوردي: بلزوم درهمين، كذا نقل عن الطيب قال: ولو حذف الواو، فدرهم في الأحوال، أي: الثلاثة النصب والرفع والجر.

وقال: أبو إسحاق يلزمه في النصب أحد عشر درهمًا، إن عرف العربية.

وعن ابن القاص: يلزمه درهم وزيادة وزنها.

قال الرافعي: ويجيء في الجر الوجه المتقدم: أنه بعض درهم، ولو قال له: كذا بل كذا، فمقر بشيء أو شيئين وجهان.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ قُبِلَ تَفْسِيرُ الْأَلْفِ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ**)؛ لأنه مبهم، والعطف إنما تقيد زيادة على العدد لا تفسيرًا، كما لو قال: ألف وثوب، أو ألف وعبد بوفاق أبي حنيفة، وله تفسير الألف بالفلوس والثمر والجوز وحبات الحنطة، وغيرهما جنسًا واحدًا وأجناسًا، ولو قال: درهمًا وألف، قبل تفسير الألف بما شاء كالتي قبلها، ولو قال: له عليَّ ألف درهم برفعهما وثبوتهما، فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم، كأنه قال: الألف مما فيه الألف منه درهم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى الصَّحِيحِ**) وكذا لو قال مائة وعشرة دراهم وعشرون درهمًا، أو خمسون درهمًا، وهكذا؛ لأنه لم يعطف الدراهم، بل جعله تمييزًا للمعطوف، فيكون تفسيرًا للكل.

والثاني: الخمسة محله، والعشرون مفسرة بالدراهم لمكان العطف، ولو قال: خمسة عشر درهمًا.

قال في «البحر»: فالجميع دراهم بلا خلاف.

قال ابن القطان: ولو قال: له عليَّ نيف وعشرون درهمًا لزمه درهمًا، وشيئًا قل أو كثر؛ لأنه اليقين. وقاله الدرامي، وزاد: وإن قال: بضعة عشر درهمًا، فعشرة وشيء، وإن قل.

وَلَوْ قَالَ: الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقْرَرْت بِهَا نَاقِصَةُ الْوَزْنِ، فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الْبَلَدِ تَامَّةَ الْوَزْنِ فَالصَّحِيحُ قَبُولُهُ إِنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلًا، وَمَنْعُهُ إِنْ فَصَلَهُ عَنْ الْإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً

قال: (**وَلَوْ قَالَ: الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقْرَرْت بِهَا نَاقِصَةُ الْوَزْنِ، فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الْبَلَدِ تَامَّةَ الْوَزْنِ**)، أي: كالدراهم الإسلامية.

(**فَالصَّحِيحُ قَبُولُهُ إِنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلًا**)، كما لو استثنى.

(**وَمَنْعُهُ إِنْ فَصَلَهُ عَنْ الْإِقْرَارِ**) أي: فلزمه التامة إلا أن يصدقه المقر له؛ لأن اللفظ فيما صريح وضعًا وعرفًا.

واعلم أن الخلاف مع الاتصال طريقان، أصحهما: القبول قطعًا، والثاني: فيه قولان، وأما مع الانفصال، فقريب شاذ واختاره الروياني ونقله عن جماعة من الأصحاب؛ لأن اللفظ يحمل، والأصل براءة الذمة. وسيأتي عن الصيمري ما يوافقه، وإذا صدق في دعوى النقصان، فالذي يلزمه.

قال ابن الرفعة: لم أر فيه نقلًا، ويظهر أن يقال: يرجع إليه في التفسير، قال: بعدد بيانه نزل على أقل درهم، انتهى.

والرجوع إليه صرح به الصيمري، فقال في شرح «الكفاية»: فإن قال دراهم أو دنانير لم يقبل منه أقل من ثلاثة، ثم يرجع إليه في نقدها وسكها ووصفها، بما يتعامل بها في بلادهم أو خلاف ذلك، فإذا قال: له عليَّ عشرة دنانير، فقيل له: بين وصفها، فقال: واحدًا هو «أبريزي» وواحد «قاساني» وواحد: كذا وكذا قبل منه، وكذلك في الدراهم، انتهى.

إشارة: أراد بالبلد بلد الإقرار، وكنت أودُّ لو قيل: إن كانا من أهله أو استوطناه زمنًا طويلًا، فالحكم ما ذكره، فإن كانا عربيين قدما، فادعى أحدهما على الفور على الآخر بألف درهم أو دينار، فأقر له بها، ثم بعد ذلك قال المقر: إنما أردت درهم بلدنا أو دنانيره، أنه يقبل منه، ولا شك في ظهور هذا إذا أدل الحال، أو اعترف المقر له أن الدين لزم المقر هناك فتأمله.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ**) أي: دراهم البلد.

(**نَاقِصَةً**) أي: كالطبرية، كل درهم أربعة دوانق.

قُبِلَ إِنْ وَصَلَهُ وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي النَّصِّ، وَالتَّفْسِيرُ بِالْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ.

(قُبِلَ إِنْ وَصَلَهُ). قال الرافعي: لأن اللفظ والعرف يصدقانه فيه، انتهى.

ولم ينزل تصديق اللفظ له بخلاف تصديق العرف.

قال: **(وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي النَّصّ)** حملًا على المعهود كالمعاملة، وقضيه النسبة أنهم لو كانوا يتعاملون في البلد بالناقصة والتامة، أن يكون الحكم كما سبق في البيع من التفصيل وفيه نظر، والقياس الرجوع إلى تفسير المقر بيمينه سواء راحا على السواء، أو غلب التعامل بالتامة أو بالعكس .

ومقابل النص وجه: أنه لا يقبل، ويحمل إطلاقه على وزن الإسلام.

قيل: ورجحه القاضي أبو الطيب.

فرعان: الخلاف جارٍ فيما أقر ببلد، أوزانه أكثر من دراهم الإسلام لو زنة البغلية زنة كل درهم، ثمانية دوانق هل يحمل على دراهم البلد والإسلام إن حملنا على الأول، فقال: عنيت دراهم الإسلام متصلًا.

قيل: على أصح الطريقين السابقين، أو منفصلًا، فلا، فلو لم يبين مراده بأن مات، ودراهم بلدهم ناقصة، فالأكثرون أنه يلزم من دراهم البلد، ورواه عن نص «الأم».

قال: **(وَالتَّفْسِيرُ بِالْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ)** أي: فتأتي فيرى إطلاقه، والتفصيل المتقدم في الناقصة، وقضيته أنه لو فصل بموضع نقده مغشوش، كـ«الشام» و«مصر» في هذه الأمصار، أن يكون في قبوله وجهان.

وأطلق في «التنبيه»: أن يقبل على ظاهر المذهب، وقيل: لا يقبل إلا أن يكون متصلًا.

وقال القاضي أبو الطيب: الذي يقتضيه المذهب القبول فصل أو وصل.

وقال الماوردي: محل الخلاف إذا كان ببلد تبعًا يكون بالمغشوش، وإلا فلا يقبل قولًا واحدًا.

وكلام المصنف يوافقه؛ ولعله ما إذا تعاملوا به ولغيره، أما لو كان بموضع لا يتعاملون إلا بها من دهور، ولا يلتزمون في الذمم سواها، ولا يقوم

وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي الْأَصَحِّ.

الملتقيان إلا بها كـ«مصر» و«الشام»، وما في معناهما، فالجواب: الجزم بقبول التفسير بها مع الفصل، والإجماع الفعلي عليه .

فرع: أطلقا أنه لو فسره بجنس رديء من الفضة.

قيل: وكذا بغير سكة البلد على الأصح، وفيه وقفة للتأمل، ولا يقبل بالفلوس وإن وصل، وغلب التعامل بها هناك، ولا يقبل لما لا فضة فيه من الدراهم المزيفة كالنحاس والرصاص.

وقال الدارمي: إن وصف برنزيًّا.

قال ابن القطان: لا يمثل.

وقال الماوردي: وجهان.

وقال الطبري: إن كان ضرب فضة، قبل وإلا فلا . وعن ابن سريج: إن كان غير معاملة لم يقبل، وإن ذكر وديعة قبل، وإن أطلق فوجهان.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي الْأَصَحِّ**) إدخالًا للطرف الأول فقط.

قالا: وهذا ما صححه العراقيون والغزالي، والثاني: عشرة وصححه البغوي، والثالث: ثمانية؛ لأنها التعين.

قال في «البحر»: وحكاه أبو علي الزجاجي، عن حكاية الشاشي عن الشافعي ما يخالفه، فهو مذهبه، انتهى.

وذكر الشاشي في أول كتابه ما ينقله عن سماعه عن الربيع عنه، فإن لم يصح عن الشافعي.

تنبيه: اعلم أن المفهوم من كلامهم: أنا قلنا يلزمه تسعة أو عشرة أو ثمانية، أنه لا يقبل منه التفسير بدون.

قلنا: إنه يلزمه، وزاد في «شرح التلخيص» للشيخ أبي علي هنا في باب ما شذَّ عن أصول الكوفيين .

....

قال الشيخ: إن قال: أردت بهذا الإقرار درهمين، أو قال: ثلاثة إلى ثمانية، وجب أن يقبل قوله؛ لأن قول القائل: عليَّ من درهم إلى عشرة، يكون خارجًا مخرج الشك، وكان يقول: اعلم أو اقطع أن عليَّ درهم لا ينقص عنه إلى عشرة لا يزيد عليها، ولا يكون قاطعًا بوجوب تسعة أو ثمانية، متى قال: ذكرت وعلمت أن للمقر له عليَّ خمسة وما أشبه ذلك، وجب أن يقبل منه، كما أنه لو قال: أبرأته من درهم إلى عشرة لا قطعًا، فإنه أبرأ عن عشرة، بل عن عشرة، إن كان الحق عشرة، وعن الخمسة إن كان الحق خمسة، ويكون هذا خارجًا مخرج الشك، كذلك في مسألتنا، انتهى.

الظاهر أنه أراد بالشيخ شيخه القفال، ويجوز أن يكون المعلق عن أبي علي أشار إليه كذلك.

فروع: ولو قال: ما بين درهم إلى عشرة، فالصحيح المنصوص: أنه يلزمه ثمانية، وقيل: تسعة، ونقله في «المفتاح» عن النص، وقيل: عشرة، نقله القفال، ونقله الهروي وغيره عن المزني في «المنشور».

وقال في «البحر»: قال القفال: مذهبنا أنه يلزمه عشرة.

وقال أبو حنيفة: تسعة، قال: ولو قال: ما بين درهم إلى عشرين، أو ما بين عشرة إلى عشرين، قال ابن أبي أحمد: يعني ابن القاص عن أبي حنيفة، يلزمه في كليهما تسعة عشر.

قال القفال: ومذهبنا أنه يلزمه عشرون فيهما؛ لأنه إنما يذكر العشرين حدًّا وغاية، إلا أنه أخرجه من جملة الوجوب.

قال: وقد وافقنا أبو حنيفة أنه لو قال: أبرأتك من درهم إلى عشرين، وكان عليه مائة، برأ من عشرين، وكذا لو قال: ما بين درهم إلى عشرين، انتهى.

وفي «الكافي»: الجزم بأنه لو قال: ما بين عشرة إلى عشرين، يلزمه تسعة عشر.

وفي «التهذيب»: لو قال: ما بين عشر وعشرين، لزمه تسعة، ولو قال: ما بين درهم وعشرة، لزمه ثمانية.

إِنْ قَالَ دِرْهَمٌ فِي عَشَرَةٍ، فَإِنْ أَرَادَ الْمَعِيَّةَ لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ، أَوْ الْحِسَابَ فَعَشَرَةٌ وَإِلَّا فَدِرْهَمٌ.

قال المتولي: هكذا حكاه المزني في «المنشور» عن الشافعي؛ لأنه أقر بالواسطة، فخرج منه الطرفان. وذكر المزني: أنه يلزمه عشرة، انتهى.

وبالنص جزم القاضي أبو الطيب، والروياني وهو الصواب في «الروضة».

قال الرافعي في «الوصايا»: لو قال: أعطوه من واحد إلى عشرة، فعلى الأوجه في الإقرار.

وحكى الأستاذ أبو منصور، عن بعض الأصحاب: فللوصي له خمسة وخمسون، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة على توالي العدد، إن لم يرد الحساب، فله المتبقي وهو ثمانية.

قال الرافعي: ولا شك في اطراد هذا في الإقرار.

قال: (**وَإِنْ قَالَ دِرْهَمٌ فِي عَشَرَةٍ، فَإِنْ أَرَادَ الْمَعِيَّةَ لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ**) قاله في «الشرحين» و«المحرر» واستدركه على «الوجيز»؛ لأن «في» في معنى «مع»، ويؤيده أنه لو قال: درهم مع دينار، وأراد نفي مع، لزمه درهم ودينار.

قيل: إن أراد مع عشرة لها أو مع دينار له، فذاك وإلا فمشكل؛ لأنه لو قال له: عليَّ درهم مع درهم، لم يلزمه إلا درهم واحد على المنصوص، فالوجه بالجمع بين الخلافين بما ذكرناه.

وعبارة الرافعي في «الشرح»: لزمه أحد عشر درهمًا، وهذا محمول على ما إذا كان في لفظه ما بين أن العشرة دراهم، وإلا فالقياس أنه يلزمه درهم، ويرجع في تفسيره العشرة إليه، انتهى. وهذا صحيح.

قال: (**أَوْ الْحِسَابَ فَعَشَرَةٌ**) أي: إن كان حاسبًا؛ لأنه موجبه عندهم، وإن لم يكن حاسبًا، فخلاف يأتي إن شاء الله تعالى بيانه في الطلاق.

قال المتولي: وإن تعدد الرجوع إلى بيانه، فهل يلزمه الحاسب عشرة للظاهر.

(**وَإِلَّا فَدِرْهَمٌ**)؛ لأنه اليقين.

فَصْلٌ

قَالَ: لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ أَوْ ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ لَا يَلْزَمُهُ الظَّرْفُ، أَوْ غِمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ أَوْ صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ لَزِمَهُ الظَّرْفُ وَحْدَهُ، ....

وجهان: وأما غير الحاسب، فلا يلزمه إلا درهم.

قال ابن الرفعة: وإن قال: أردت ما يريده الحساب، فيشبه أن يلزمه درهم واحد.

قال: (وإلا) أي: وإن لم يرد المعية، ولا الحساب بل المطلق إذا أراد الطرف فدرهم؛ لأنه اليقين، ويجيء في الحاسب المطلق قول: أنه يلزمه عشرة. قال:

(فَصْلٌ:

قَالَ: لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ أَوْ ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ) أي: وما أشبه ذلك.

(لَا يَلْزَمُهُ الظَّرْفُ) عملًا باليقين.

قال: المظروف غير الظرف، والأصل أن الإقرار بالمظروف ليس إقرارًا بالظرف، وكذا عكسه.

قال: **(أَوْ غِمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ أَوْ صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ)** أي: وما أشبه ذلك.

(لَزِمَهُ الظَّرْفُ وَحْدَهُ) وحده لما قدمناه.

إشارة: في بعض الصور خلاف، كخاتم فيها فص، ففيه وجهان.

قال القاضي الحسين، والإمام الغزالي في «البسيط»: أصحهما أنه نقلهما.

وقيل: وهو موافق في «المهذب» و«التهذيب» في قوله: له عندي خاتم، أنه يلزمه الخاتم والفص؛ لأن الخاتم يجمعهما.

قال الثعالبي: لا يقال: خاتم إلا إذا كان فيه فص.

قلت: في الموافقة نظر.

قال في «الكافي»: في لو قال خاتم فيه فص فوجهان، الأصح: لا يكون إقرارًا بالفص، ثم قال: ولو أقر بخاتم مطلقًا، يكون إقراره به مع الفص.

أَوْ عَبْدٌ عَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ لَمْ تَلْزَمْهُ الْعِمَامَةُ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

وفي «الروضة»: ولو قال: فص وخاتم بإقرار بالفص، ولو قال: خاتم فيه فص، ففي كونه مقرًّا بالفص وجهان.

قال البغوي: أصحهما المنع، ولو اقتصر على قوله: عندي خاتم، ثم قال: ما أردت الفص لم يقبل منه على المذهب، بل يلزمه الخاتم بفصه.

وحكى الغزالي فيه وجهين، انتهى.

ولو قال: جارية في بطنها حمل أو دابة في حافرها، وقمقمة عليها عروة، فعلى الوجهين، وكان الأحسن أن يمثل المصنف أيضًا بزيت في جرة ونحوه؛ لأنه روي عن بعض فقهاء «المدينة»: أنه إذا كان المظروف دائنًا، لا يستغنى عن الظرف دخل الظرف في الإقرار، ولا فرق عندنا بين صيغتي: له عندي، وغصبت منه، والظاهر أن قوله: له عليَّ تمر في كذا، أو كذا فيه تمر، ونحو ذلك، كقوله: عندي ما سبق.

وفي فروع ابن القطان: لو قال: له عندي قوصرة تمر، فظاهر هذا عندنا: أنه مقر بالتمر، فلا يلزمه الطرف، ويرجع علي مقداره إلى بيانه.

قلت: وفيه شيء؛ لأنه وجه الإقرار إلى الطرف، وألزمه بالمظروف دونه، ولعل العرف عندهم، أن المراد بذلك التمر دون القوصرة.

قال: **(أَوْ عَبْدٌ عَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ لَمْ تَلْزَمْهُ الْعِمَامَةُ عَلَى الصَّحِيحِ)** لأن الإقرار لا يشملها، والثاني: يلزمه، وبه جزم الشاشي في «الحلية» والمعتمد، وتبعه ابن أبي عصرون في الانتصار؛ لأن يده على ملبوسه، وما في يده في يد سيده، وطردهما الماوردي والروياني في له عندي دابة .

قال الشاشي: ولو قال: غصبت منه عبدًا إلا رأسه أو يده، كان مقرًّا بغصب عبد في أصح الوجهين، والثاني: يكون مقرًّا بجزء منه، يرجع في بيانه إليه، ذكره في «الحاوي».

قال صاحب «الانتصار»: وفيه نظر! فإنه أقر بغصب جميعه، واستثنى منه شيئًا معلومًا، وهو رأسه ويده، فلا يحتاج فيه إلى بيان، انتهى.

أَوْ دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا أَوْ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ لَزِمَهُ الْجَمِيعُ.

قلت: استثناء الرأس محال، فكأنه أقر ببعضه منهما؛ ولذا يقال في اليد الباقية، أما لو كانت مفقودة منه، فله، فيحتمل أن يصدق بيمينه حتى لا يغرمها، وعن هذا لا يقبل.

قال: **(أَوْ دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا)** أي: ودار بفرشها، ودابة بحملها، أو عبد بثيابه، أو سفينة بطعامها، وهكذا بخلاف قوله: سرجه ومفروشه ونحوهما، فلا يكون مقرًّا بالسرج والفرش.

(أَوْ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ لَزِمَهُ الْجَمِيعُ) ومعني سرجها مع سرجها، وكذا بقية الأمثلة ونحوها، والطراز إن كان منسوجًا، فهو جزء من الثوب فيدخل قطعًا، وإن كان مركبًا ففيه وجهان أصحهما في الانتصار وغيره الدخول؛ لأنه جعل الطراز صفة الثوب، فإذا ألزمه الموصوف لزمته الصفة.

قال ابن الرفعة: ويظهر أن قوله: عليه طراز، كقول: مطرز.

تنبيه: ذكر القفال وغيره: لضبط الباب أن ما يدخل تحت البيع المطلق، يدخل تحت الأقدار، وما لا فلا.

قال القفال: إلا الثمار المؤبرة، كذا في كلام الرافعي، وضرب عليه الشيخ في «الروضة» ظنًّا أنه سهو؛ لأن المؤبرة لا تدخل هنا ولا هنا، ولكن الرافعي نقل عن القفال دخولها في الإقرار، واستبعده وهو صحيح عن القفال.

قال في «الفتاوى»: لا تدخل في مطلق البيع من المتصل بالأرض، تدخل في مطلق الإقرار ولا بعكس هذا؛ لأن ذلك لا يستمر في الثمار على الأشجار بعد التأبير، فإنها تدخل في الإقرار بعد التأبير، وفي الإقرار تدخل في الحالتين معًا، انتهى.

وهو غريب، وفي «التنبيه»: زيادة كلامهم ذكرته في «الغنية».

فرع: سبق عن ابن القطان: أنه لو قال: له عندي قوصرة تمر إلى آخره، كما رأيته في فروعه.

وحكى الدارمي عنه: لو قال: قوصرة تمر إلى آخره، أو تمرًا.

وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ، ....

قال ابن القطان: مع الخوض، ومعناه لزمه في الصيغ الثلاث التمر مع الخواص.

فرع: لو قال له: اثني عشر درهمًا، ودانق برفع الدانق، أو بجره، لزمه اثنا عشر درهمًا مع دانق، أو بنصبه فبمائة درهم إلا دانقًا، قاله المتولي، وذكرت وجهه في الغنية، ولم يفرق بين النحوي وغيره، ولا يخفى قياس النصف والربع والثمن.

قال: (**وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ**) أي: ألف درهم كما صورها «المحرر».

(**فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ**)، نص عليه الشافعي ﷺ وتبعه الجمهور؛ لأن ظاهره اللزوم، وخرج قول: إنها هبة.

قلت: لِمَ كان دينًا، واللازم قد يكون وصية؟ قيل: ولعل وجهه أن الوصية تختص بالثلث، وقوله: في ميراث أبي يعم جميع المال، فإن قلت: هذا يفرق بين كونه المقر به ألفًا مثلًا، أو جزءًا شائعًا.

قيل: يعم، أما لو قالوا: من ميراث أبي أن نصفه، فينبغي أن يكون كقوله في ميراثي من أبي، وإن قال: في ميراث أبي ثلثه، فينبغي أن يكون إقرارًا بالوصية له بالثلث، فإن قلت: إذا جعلناه إقرارًا، فيجوز أن يكون رهنًا من أبيه بمال على غيره، فلِمَ قلتم أنه إقرار على أبيه بدين في ذمته؟.

قيل: هذا السؤال لابن الرفعة، وأجاب عنه بما لا يقتنع به.

ولعل الشافعي إنما قال ذلك؛ لأن لفظ المقر يقتضي كل الميراث، وكل الميراث يشمل كل ما يمكن أن يدخل في ملك الميت، وذلك لا يمكن أن يكون رهنًا بدين الغير، وأيضًا فإنه ليس في كلام الشافعي والأصحاب تصريح بأنه في ذمة الأب، وقد يكون المقصود أنه يتعلق بالمال من غير نظر إلى من هو في ذمته، إذ لا أثر لذلك هاهنا، كذا ذكر هذه الأسئلة وأجوبتها بعض الشارحين.

وقال صاحب «التعجيز»: إذا قال له في هذا المال، أو في ميراث أبي ألف لزمه؛ لأنه إقرار لا تناقص منه، ثم هو في الجواب: إقرار بالدين على الأب.

وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ، فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ ....

قال: وكان ينبغي أن يقال: قس، كما في قوله: له في هذا العبد ألف إذ لا فرق، انتهى.

وهو ظاهر، والانفصال عنه عشر، وسيأتي ما يقتضي أنه يرجع إلى بيانه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ**) أي: ألف درهم كما صورها «المحرر» وغيره.

(**فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ**) نص عليه الشافعي - رَحِمَهُ اللهُ تعالى - وتبعه الجمهور؛ لأن ظاهره اللزوم، وخرج فيه قول: إنه هبة، فإن قلت: لِمَ كان دينًا، واللازم قد يكون وصية؟

قيل: لعل وجهه أن الوصية تختص بالثلث، وقوله في ميراث أبي يعم جميع المال، فإن قلت: هذا يفرق بين كون المقر به ألفًا مثلًا، أو جزءًا مشاعًا. قيل: يعم ما لو قال في ميراث أبي نصفه، فينبغي أن يكون كقوله: في ميراثي من أبي، وإن قال في ميراث أبي: ثلثه، فينبغي أن يكون إقرارًا بالوصية له بالثلث.

فإن قلت: إذا جعلناه إقرارًا، فيجوز أن يكون رهنًا من أبيه بمال على غيره، فلِمَ قلتم: إنه إقرار على أبيه بدين في ذمته؟

قيل: هذا السؤال لابن الرفعة، وأجاب عنه بما لا مقنع فيه، ولعل الشافعي إنما قال ذلك؛ لأن لفظ المقر يقتضي حل الميراث، وكل الميراث يشمل كل ما يمكن أن يدخل في ملك الميت، وذلك لا يمكن أن يكون رهنًا بدين الغير، وأيضًا فإنه ليس في كلام الشافعي والأصحاب، بصريح بأنه في ذمة الأب، وقد يكون المقصود أنه يتعلق بالمال من غير نظر إلى من هو في ذمته، أو لا أثر لذلك هاهنا، فكذا ذكر هذه الأسئلة وأجوبتها بعض الشارحين.

وقال صاحب «التعجيز»: إذا قال له: في هذا المال، أو في ميراث أبي ألف لزمه؛ لأنه إقرار لا تناقص منه، بم هو في الجواب إقرار بالدين على الأب.

قال: وكان ينبغي أن يقال: قس، كما في قوله: في هذا العبد ألف، إذ لا فرق، انتهى.

فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ، ....

وهو ظاهر، والانفصال عنه عسر، وسيأتي ما يقتضي أنه يرجع إلى بيانه.

قال: (وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ) يعني: ألف درهم.

(**فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ**) أي: إلا أن يريد إقرارًا، هكذا نص عليه، وتبعه الجمهور، كما في التي قبلها.

قال الرافعي: وفرقوا بأنه إذا قال في هذا المال، وفي ميراث أبي، فهذا ثبت المقر له حقًّا في المال، أو في التركة واجبًا، وإذا قال: في مالي، أو في ميراثي، أضاف إلى نفسه، ثم أضاف شيئًا منه إلى المقر له، وذلك قد يكون بطريق اللزوم، وقد يكون على سبيل التبرع، فإذا فسره ينبغي أن يقبل، ويعتبر فيه شرطه.

وقيل: الفرق إن قضيه إضافة المال والميراث إلى نفسه، كونه له وما لكون له لا يكون لغيره، كما لو قال: مالي لفلان، أو داري لفلان، فإنه لغو، وهذا ما أراد، أي: في «الوجيز» لقوله: فلا يلزمه للتناقض، لكن تركة كل مديون لورثته على الصحيح، والذي يتعلق بها، فلا تناقص في إضافة الميراث إلى نفسه ملكًا مع تعلق الدين به، ومن الأصحاب من سوى بين الصورتين، وأثبت فيهما خلافًا على سبيل النقل في التخريج.

قال الأئمة: وهذا التفصيل فيما إذا لم يذكر كلمة الالتزام، فأما إذا أدخل كلمة الالتزام في كلامه، فقال: عليَّ ألف درهم في هذا المال، أو ما في مالي، أو في ميراث أبي، أو في ميراثي من أبي، فهو إقرار بكل حال، وكذا قوله: عليَّ في هذا العبد ألف درهم، والتفصيل الذي تقدم فيما إذا اقتصر على قوله: في هذا العبد ألف درهم، ولم يقل: عليَّ، هذا لفظه في شرحه «الصغير»، وهو أكثر تنقيحًا من الشرح «الكبير».

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه: ولو قال: في مالي أو ميراثي، فالمشهور أنه لا يلزم؛ لأنه ناقص، والثاني: يلزم لقوله تعالى: ﴿وَفِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴿١٩﴾﴾ [الذاريات: ١٩] والثالث: أنه يلزم بقوله في ماله، لا بقوله في ميراثي؛ لأن دينه يكون في ماله ولا يختص بميراثه، وقضية هذا أنه لا

....

يلزم بالإضافة إلى غير مال.

قال القاضي: اللزوم بقوله في ميراثي أولى؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع ملك الوارث، فهو إقرار بالدين على الميت، فهذا وجه رابع، انتهى لفظه.

تتمات: ذكر في «الشرح الكبير» من صور الوفاق على أنه إقرار، فإذا أدخل لفظه عليَّ أو في داري، وفيه وقفة إذ يريد به الوديعة، وأن عليه أداؤها، والتجلية بينه وبينها، وإن احتمل أن يقال بمثله في مالي ونحوها، لكنه بعيد من الاستعمال بخلاف قوله: في داري، لو قال له: في ميراثي أو مالي بحق لزمني، أو بحق ثابت ما أشبهه.

قال الرافعي: فهو كما لو قال: عليَّ، ويكون إقرارًا بكل حال، ذكره ابن القاص، والشيخ أبو حامد وغيرهما، انتهى.

زاد في «البحر»: أو قال: بحق وأطلق، أو قال: بحق عرفته، أو بحق استحقه، انتهى.

وقد يقال: قد يريد لك الوعد بأنه يرى وجوب الوفاء به.

قال الرافعي: واعلم أن قضية قولنا: إن قوله: عليَّ في هذا المال، أو في هذا العبد ألف درهم، إقرارًا له بالألف أنه يلزمه الألف، وإن لم يبلغ ذلك المال ألفًا، وربما يخطر لك الخلاف المذكور فيما إذا قال لفلان: عليَّ ألف في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف إلا أن ظرفية العبد للدراهم، ليست كظرفية الكيس لها، فيمكن أن يختلفا في الحكم، لكن لو قال له: في هذا العبد ألف من غير كلمة عليَّ، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه، فلم يبلغ ثمنه ألفًا، فلا ينبغي أن يجب عليه قيمة الألف بحال، انتهى.

وثبت في «الروضة» القول بجميع ما أبداه من غير تردد، وفيه وقفة للتأمل الفطن في «فروع ابن القطان»، إذا قال له: من هذا المال، أو في هذا المال ألف درهم، فنظرنا فإذًا هو أقل من ألف درهم، فإن المقر له يأخذ جميع ذلك، ولا شيء على المقر غيره؛ لأنه إنما أقر في مال بعينه، وبهذا أجاب

....

الدارمي، ولو قال له: عليَّ ما لي ألف درهم.

واختلف أصحابنا فقيل: يلزمه الإقرار؛ لأن ما ثبت عليَّ ماله قد يثبت عليه، ومن أصحابنا من قال: لا فرق بين أن يقول له: عليَّ مالي، أو على مالي، أن ترجع إلى بيانه، انتهى.

وهذا يؤيد ما سبق في آخر مسألة الكتاب كما وعدنا به.

وقد ذكر الإمام الرافعي هنا اختلاف نص الأصحاب في الفرق بين من مالي، وفي مالي ما يدرك بالمراجعة.

فرع: قوله له: في هذا العبد ألف درهم تحمل، فإن فسره بأرش جناية، قيل: أو إنه رهن به قبل على الأصح، وأجراهما الدارمي التفسير بالجناية، فلو لم يقل عليَّ، فإطلاق الغزالي يقتضي أنه كذلك، والحق أنه لا يلزمه لاحتمال كونه مرهونًا بدين غيره، لكن تتعلق الألف بالعبد.

وقال: صاحب الْعُجَالَةِ إذا أضاف الرهن إلى غيره، لزمه تسليم العبد أو قيمته، وإن قال: أوهي له من ثمنه بألف، قبل وبيع، ودفع إليه من ثمنه ألف، وليس له دفع الألف من ماله، هكذا أطلقاه وغيرهما.

وقال ابن الصباغ: إن رضي المقر له جاز وهو متعين.

قال في «الْعُجَالَةِ»: هذا إذا أضاف الوصية إلى ميت، أما لو أضافها إلى نفسه، قبل منه ولا يخفى حكمه، انتهى.

وظاهر إطلاقهم أن ذلك محمول على الوصية من ميت، ويحتمل أن يقال: نستفسر، ويعمل بقوله لاحتماله، وإن قال: أردت أنه أقرضني من ثمنه ألف.

قيل: ولزومه بالألف، قالا: وتوجيه الخلاف إذا أقر برهنه يقتضي عودة هنا.

قلت: نقل في «البحر» عن بعض أصحابنا؛ أنه لا يقبل؛ لأن قوله في هذا العبد يقضي أن يكون حقه متعلقًا بعين العبد لا بالقرض، انتهى.

و قال الدارمي: وإن قال: أردته أقرضني ألفًا في ثمنه فخالفه، لم يقبل.

وَلَوْ قَالَ لَهُ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ.

وقيل: إما يقر أن يقر، أو يحلف خصمك، انتهى.

وإن قال: أردت أنه وزن في ثمنه ألفًا ستفسر، وعمل بقوله: ولا نظر إلى قيمة العبد، وإن قال: اشتريناه دفعتين، ووزن هو في ثمن عشرة ألفًا، واشتريت باقية بألف، قبل: لاحتماله.

وإن قال: دفع إليَّ ألفًا لاشتريته له، فإن صدقه فذاك، وإن كذبه فقل: رد إقراره بالعبد، وعليه رد الألف من ماله، وإن قال: أردت أنه وهبني ألفًا، فأديته في ثمنه، فقال المقر له: بل قرضًا صدق المقر له بيمينه.

قالا: ولو قال: ليس هذا العبد ألف درهم، فهو كقوله: في هذا العبد، ولو قال: من ثمن هذا العبد؛ فلذلك قاله في «التهذيب» انتهى.

ويشبه إن من فرق بين من وفي، قوله: في مالي، أو من مالي كالدارمي، وخلائق تفرق هنا أيضًا، وليت شعري، أي: فرق بين قوله: في هذا العبد، وبين قوله: في ميراثي من أبي، إذا كان عينًا واحدة كعبد أو دابة أو دار ونحوها، ولا فرق بين قوله: في هذا العبد، أو في هذا المال، أو في هذه الدار؛ ولذا وفي الدار نظر.

قال في «البحر»: ولو قال له: من هذا العبد قيمة ألف، فهو مقر بملكه من العبد، وهل يضر الإقرار مقدرًا بالقيمة، أو يرجع فيه إلى بيانه وجهان، أصحهما: يقبل وإن بين ما قيمته دون الألف، والثاني: يتقيد إقراره بالقيمة فيقوم، فإن كانت قيمته أكثر من ألف، فله منه بقسط الألف، وإن كانت قيمته ألفًا.

قال بعض أصحابنا: لا يصير كله ملكًا للمقر له؛ لأن من يوجب التبعيض.

قال الصيمري: والصحيح عندي أن يكون إقرار الجميعة كان من يكون للتبعيض تارة، ويكون للتميز تارة، قال الله تعالى: ﴿فَٱجۡتَنِبُواْ ٱلرِّجۡسَ مِنَ ٱلۡأَوۡثَٰنِ﴾ [الحج: ٣٠] أي: فاجتنبوا الأوثان والرجس، انتهى. ومن الحاوي أجد ذلك.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَهُ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ**) لحوار أراد به التأكيد،

فَإِنْ قَالَ: وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ وَلَوْ قَالَ: لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ بِالْأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ، وَأَمَّا الثَّالِثُ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِئْنَافَ لَزِمَهُ ثَالِثٌ، وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الْأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ.

ولو كرر ألف مرة، وكذا لو كرر الإقرار به في مجلس أو مجالس عبد الحاكم أو غيره بلغة واحدة أو بأكثر.

وقيد إن قال: إن أطلق، ولم يرد بالثاني الأول لزمه درهمان كالطلاق.

قال الروياني: وبلزوم درهم قطع العراقيون، وفي «الذخائر» نقل وجه: أنه يتكرر باختلاف المجالس حملًا على إقراره مستأنف، وهذا غريب.

قال: (**فَإِنْ قَالَ: وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ**) على النص، وفي نظره من الطلاق (**لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ**).

(**وَلَوْ قَالَ: لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ بِالْأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ**) اقتضاء العطف للمغايرة.

(**وَأَمَّا الثَّالِثُ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِئْنَافَ لَزِمَهُ ثَالِثٌ**)، عملًا بنيته، وسيأتي ما فيه.

(**وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الْأَوَّلِ**) أي: بالثالث.

(**أَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ**) أما في الأولى، فيحلل الفاصل تبع التأكيد، ووجه مقابلة العمل ببينة، وأما في الثانية فيه جرى الجمهور، وقيل: قولان كالطلاق.

وعبارة «الروضة»: وإن أراد الثالث تأكيد الأول لم يقبل في الأصح، فيلزمه ثلاثة وإن أطلق لزمه ثلاثة على المذهب، وبه قطع الأكثرون.

وقال ابن خيران: فيه قولان كالطلاق، ثانيها: يلزمه درهمان، فعلى المذهب لو كرر عدة مرات فأكثر لزمه بعدد ما كرر، ولو قال: درهم ثم درهم ثم درهم، فقوله: ودرهم ودرهم، انتهى.واعلم أنه قاله في مفتتح «الوسيط».

قال: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ)، وقال: أردت بالثالث له؛ لا الثاني قبل، ولو قال: تكرار الأول لم يقبل، وعند الإطلاق يلزمه ثلاثة إلى آخره، هكذا هو في «التهذيب» سواء.

....

ولكنه خلاف المشهور عند العراقيين، وبعض الخراسانيين، فإنهم قالوا: لو أراد تأكيد الثاني بالثالث لا يقبل على المذهب خلافًا لابن خيران، وهذا موجود في كتبهم.

قال صاحب «البيان»: منهم لو قال: له عليَّ درهم ودرهم ودرهم، فالمنصوص أنه يلزمه ثلاثة دراهم، وذكر مسألة الطلاق كما ذكرها الأصحاب.

قال: وقال ابن خيران: الإقرار كالطلاق، فإن قصد الثالث تأكيد الثاني لم يلزمه إلا درهمان، وإن لم يكن له بينة، فعلى قولين.

وقال سائر أصحابنا: يلزمه ثلاثة دراهم بكل حال قولًا واحدًا، والفرق أن الطلاق يدخله التأكيد والتحريف والأذهان، ويؤكد بالمصدر، فيقال: أنت طالق طلاقًا، فيقبل قوله أنه أراد تأكيده، والإقرار لا يدخل تأكيدًا، فلم يقبل قوله أنه أراده، قال: فإن قال: له عليَّ درهم ثم درهم ثم درهم، لزمه ثلاثة دراهم، فإن قال: أردت الثالث تأكيد الثاني، قبل عند ابن خيران، ولا يقبل عند سائر أصحابنا؛ لما مضى من التي قبلها، هذا ما ذكره صاحب «البيان»، وهو يحكي طريقة العراقيين، وفي بعض الأماكن ينقل طريقة «العراق» و«خراسان»، وقد نقله عن أصحابنا مطلقًا، انتهى.

كلام الشيخ، وهو كالمصرح بأن المذهب ما نقله العمراني، وكيف العراقيين طافحة بما نقله، فذكر في «الشامل» طريقة ابن خيران، ثم قال: وعامة أصحابنا فرقوا، وكذا قال القاضي أبو الطيب: على أنه يلزمه ثلاثة، ونحوه كلام الدارمي، وسليم الرازي.

وخطأ الْمَاوَرْدِي ابن خيران في تخريجه، وبوجوب الثلاثة في صورتي الواو، وثم أجاب المحاملي في «المقنع»، ونقل المتولي الطرفين، ثم قال: ومن أصحابنا من مال بصدق بيمينه، ويلزمه درهمان؛ لأن الإقرار إخبار، والخبر قد يكرر.

وارتضى الإمام طريقة ابن خيران، وقال: لا فرق بين الناس والجمهور

وَمَتَى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ كَشَيْءٍ وَثَوْبٍ وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ فَامْتَنَعَ؛ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ.

على الفرق. وممن صرح به من أئمة المراوزة أبو علي في «شرح التلخيص»، فقال الأول والثاني: درهمان، واختلف أصحابنا في الثالث.

فذكر ابن خيران وغيره: أن المسألة على قولين: كالطلاق، والأكثرين من أصحابنا ذهبوا إلى أنه في الإقرار يلزمه ثلاثة، وفرقوا بجر ما سبق، فبان أن الجمهور من الفريقين على خلاف ما ذكره الإمام والبغوي والرافعي والمصنف، فيما إذا نوى بالثالث تأكيد الثاني. وفي «الانتصار»: يلزمه ثلاثة دراهم، ولو قصد التأكيد لم يقبل، هذا أصح الطريقين.

وقيل: بالتسوية من البابين، وقيل في الطلاق قولان: وفي الإقرار يلزمه ثلاثة، قولًا واحدًا، انتهى.

ولا فرق في لزوم الثلاثة على المذهب فيما اقتضاه كلام الشامل من صنعه عليَّ وعندي، لا كما توهمه متوهم من صدر كلامه.

قال: **(وَمَتَى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ كَشَيْءٍ وَثَوْبٍ وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ فَامْتَنَعَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ)** أي: لأن البيان واجب عليه، قال الرَّافِعِي: يحبسه حبسًا أتاه إذا امتنع عن أداء الحق؛ لأن التفسير والبيان واجب عليه، والثاني: لا يحبس، إذ الغرض يحصل بدون الحبس؛ ولأنه قد يجهله أو يشكل عليه بناءه أو بعائد، فيتضرر خصمه بالتأخير.

والثالث: رواه صاحب «التقريب»: إن أقرَّ بغصب، وامتنع من بيان المغصوب حبس، وإن أقر بدين منهم، فالحكم كما سيأتي في التفريع على الوجه الثاني، هكذا حكى الإمام الخلاف ثلاثة أوجه، وتابعاه عليه، والرابع: إن قال: عليَّ شيء، وامتنع من التفسير لم يحبس، وإن قال: عليَّ ثوب أو نصفه، ولم يبين جنسه، قاله: أبو عاصم العبادي، وأشار الهروي إلى أن فرقه مبني على قبول تفسير الشيء بالخمر ونحوه؛ لأنه لا يتوجه به مطالبة وحبس.

تنبيهات وتتمات:

منها: الأول والثاني منصوصان للشافعي، كما صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره،

....

وهو الصواب، والمذهب منها الثاني، كما شاء وصححه إن شاء الله تعالى، وأما الثالث فأجيب: صاحب «التقريب» أخذه من اختلاف كلام «الأم» في الإقرار بالحكم الظاهر، وفي الإقرار والمذاهب منه، فإنه في الإقرار بالحكم الظاهر، كما لو قال: غصبته دارًا بمكة، ثم قال: أقررت له بباطل، وما أعرف الدار التي غصبته إياها.

قيل: إن أعطيته دارًا بمكة بما كانت الدار وحلفت، ما غصبتها غيرها برئت، وإن امتنعت، وادعى دارًا بعينها.

قيل: احلف ما غصبته إياها، فإن حلفت برئت وإن لم يحلف حلف واستحقها، وإن امتنع وامتنعت من اليمين حبست أبدًا، حتى تعطيه دارًا، وتحلف ما غصبته غيرها، هذا نص بحروفه، ونص الإقرار والمواهب، ذكره في قوله: عليَّ شيء، ومنها إن قيل: لم قلت: إن المذهب الثاني.

وقد قال الإمام: إن قبل الأكثرين إلى الأول، ونقله القاضي الحسين عن الأصحاب مطلقًا.

قلت: لأن ألفًا لي هو المنصوص في أول الإقرار والمواهب من «الأم» في قوله: له عليَّ شيء.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن المنصوص عليه في أحد كتاب الإقرار: أنه يجعل ناكلًا لم يورد أكثر العراقيين سواه، منهم المحاملي في «المقنع» والجرجاني في «التحرير»، والقاضي أبو الطيب، وصاحب «الشامل» و«البيان».

واقتضى كلام «البحر»: أنه المذهب المشهور؛ ولذلك كلام «روضة الحكام».

وقال في «البيان» في موضع: أنه المشهور، وفي «الذخائر»: أنه المذهب، وبه جزم الشَّافِعِي، ثم قال: ومن أصحابنا من حكى فيه قولين، أحدهما: هذا، والثاني: أنه يحبس حتى يفسر، انتهى.

ولما القول بالحبس صريحًا من كلام الشَّافِعِي في «الأم» ولا غيره من كتبه.

....

وقال الْمَاوَرْدِي: أنه قاله في الكتاب الآخر من كتاب الإقرار.

قال: لأنه صار بامتناع من التفسير، كالمانع من حق وجب عليه، فوجب أن يحبس به، فإن قلت: فما الفرق بينه وبين الممتنع من أداء الحق، قلت: إن كان الحق عينًا قائمة بيده ظاهرة، أحدث منه قهرًا أو لا حبس، وإن أخفاها أو كان الحق دينًا معلوم القدر، وأخفى ماله حبسناه وعاقبناه من بعد أخرى؛ ليخرج من الحق، إذ لا طريق لنا سواه، وإن كان ماله ظاهر أجبرناه على بيعه، أو بعناه في دينه، ولا نحبسه كما نص عليه الشَّافِعِي، ومعظم الأصحاب، كما أوجبته في قضية العينة لم إيضاح.

فكذلك هنا طرق الخلاص ما سنذكره، ومنها إذا قلنا: لا يحبس، فالذي أورده الرَّافِعِي وغيره: أنه إن وقع الإقرار في جواب دعوى، جعل بالامتناع من التفسير مبكرًا، فيعرض الثمن عليه، فإن أصر جعل ناكلًا، وحلف المدعي وإن أقر ابتداء قلنا للمقر له ادع عليه حقك، فإذا ادَّعى فأقر أو أنكر أجبرنا عليه حكمه، وإن قال: لا أدري جعلناه منكرًا فإن أصرَّ جعلناه ناكلًا، والثاني أنه يجعل ناكلًا عن الجواب واليمين، حتى يحلف المقر له، وتستفيد بالإقرار بالمجهول، والامتناع من تفسيره، فحول اليمين فيحلف على ما يدعيه. قيل: وهذا ظاهر نصه في «الأم»، وفيه نظر، ولفظ في «الأم» في أول الإقرار والمواهب، إذا قال لفلان: عليَّ شيء، ثم جحد.

قيل له: أقر بما شئت مما يقع عليه اسم شيء، بما أحلف ما هو إلا هذا، أو قال: عليك شيء غير هذا، أو قد برئت، فإن إبى أن يحلف ردت اليمين على المدعي المقر له، فقيل له: سمِّ ما شئت، فإذا أسمى، قيل للمقر: إن حلفت على هذا برئت، وإلا رددنا عليه اليمين، فإذا حلف أعطيناه ولا نحبسه، انتهى.

ومنها قيل: حبس، قلنا: لا يحبس، فالدعوى بالإقرار بالمجهول لا تسمع، وإن قلنا بحبس، فتسمع الدعوى بالإقرار بالمجهول؛ لإفادتها إلزامه بالبيان، وبهذا يبين أن الصحيح سماعها بالإقرار بالمجهول، وكذا سمع البينة بإقراره لديه، إذا أنكر الإقرار به في الأصح.

....

وصحح ابن الرِّفْعَة مقابلة؛ لأن البينة من البيان، ولا بيان مع الجهالة، وود بأنها تبين ما وقع؛ ولهذا سمعت الدعوى بالوصية بالمجهول والبينة بها، وما ذكرناه من البناء على قول الحبس، إذا امتنع من التفسير، قاله ابن أبي الدم، وهو الفقه الذي لا ينتجه غيره، ومنه يخرج سماع الدعوى بالمجهول.

وكلام المصنف هنا يشعر به، وهو الذي قاله أبو علي، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وغيرهم، وهو الصحيح كما تبعه في أول الدعاوى من «الغنية»، ومنها لو مات المقر، قيل: البيان طولب به وازنه، فإن امتنع فهل يوقف ما ترك أقل متمول أو الجميع؛ لأنه مرتهن بالدين، قولان.

قال الرَّافِعِي: ثابتهما أظهر.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي كلا القولين نظر إذا قلنا تفسيره بما لا يتمول من النجاسات، كيف كانت تعم لو قال: له عليَّ مال، ومات أتم الخلاف.

وفي هذه الحالة حكاه، وفي الإشراف والحق حالة جنون المقر كموته.

وحكى صاحب «التقريب»: أن الموقوف في حال للمجنون، أقل ما يتمول، وفي حالة الموت جميع التركة، انتهى.

وكذا حكى القولين فيما إذا أقره بثبوت أو قضية، أو جن جنونًا مطبقًا، القاضي، شُرَيْح الرُّويَانِي.

ثم قال: وقال القاسم، يعني: صاحب «التقريب»: يحمل كذا، فذكر ذلك عنه صور في «الأم» المسألة في الإقرار بالمال، ومنها لو كان المقر بين حبس، ثم مات قبل بيان المقدار، فقال ورثته: ما يعلم بمقداره، وصدقهم المقر له.

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه: سقط، ومعناه أنه تعدد للحكم؛ لكونه مجهولًا، فيقال للمقر له: إن أردت أن تأخذ، يعني المدعي، وأحلف عليه وحداد للورثة في تقدير النَّاكلين، ولو لم يمت، لكنه غاب.

قال الشَّافِعِي: يحلف المدعي بعد أن يبين بالله، أني له عليه كذا، وهو ما أورده بإقراره ويرفع المحلوف عليه إليه، والغائب على حجته؛ لأن الغائب

وَلَوْ بَيَّنَ وَكَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فَلْيُبَيِّنْ وَلْيَدَّعِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ فِي نَفْيِهِ.

وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ، وَإِنْ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ دَخَلَ الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ، ....

[حالفًا] كلٌّ ذكره في «الإشراف»، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنه لو تعب أو تعزر المطلوب فجعل كالناكل، فيحلف المدعي، ويستحق وجهان أشبههما في «الحاوي».

قال: (**وَلَوْ بَيَّنَ**) أي: **أقر أن المهم**.

(**وَكَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فَلْيُبَيِّنْ**) أي: ما يستحقه.

(**وَلْيَدَّعِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ فِي نَفْيِهِ**) أي: في نفي ما ادعاه المقر له إن كان من غير جنس ما فسر به، وإن كان من جنسه بأن فسره بمائة درهم، فقال: لي عليك مائتان، فإن صدقه على إرادة المائة ثبت باتفاقهما، ويحلف المقر على نفي الزيادة، وإن قال: أراد به المائتين، حلف: ما أردت المائتين وأنه ليس عليه إلا مائة، ويجمع بينهما بيمين واحدة على الصحيح المنصوص.

وقيل: لا بُدَّ من يمينين، فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين، ولا يحلف على الإرادة؛ لأنه اطلاع له عليها هكذا جزما به. وقيل: يحلف عليها.

وفي «البحر»: لو قال: ما لك عليَّ إلا درهم، ولكني أردت إقراري ألف درهم لزمه الألف، فإن نكل عن اليمين ترد اليمين كما ذكرنا، هكذا قال.

قال: (**وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ**) أي: سواء وقع في مجلس أو مجلسين فأكثر سواء كتب به صكًا، أو أشهد به شهودًا على التعاقب، أو كتب به صكًا، ثم أشهد عليه، ثم كتب به صكًا آخر، وأشهد عليه؛ لأن الإقرار خبر، ولا يلزم من تعدد الخبر بعدد المخبر، هذا هو المعروف، وأعرب في «الذخائر» كما سبق، ونقل وجهًا: أن الدراهم تتكرر بتكرر المجلس، وأحسبه من أوهامه.

قال: (**وَإِنْ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ**) بأن أقر في يوم بألف، وفي يوم بخمسمائة مثلًا.

(**دَخَلَ الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ**)؛ لاحتمال أنه ذكر بعض ما أقر به في أحدهما.

فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ أَوْ قَالَ قَبَضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشَرَةً، ثُمَّ قَالَ قَبَضْتُ يَوْمَ الْأَحَدِ عَشَرَةً لَزِمَا.

وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَى أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ لَزِمَهُ الْأَلْفُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: **(فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ) أي: بأن له مرة مائة صحاح، أو خالصة من سكة كذا، أو مرة بخلاف ذلك.**

(أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ) أي: كله على ألف من ثمن مبيع، أو أخذه، أو غصبته إياها.

وقال: مرة قرض، أو عن جناية، أو بذل متلف وهكذا.

(أَوْ قَالَ: قَبَضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشَرَةً، ثُمَّ قَالَ: قَبَضْتُ يَوْمَ الْأَحَدِ عَشَرَةً لَزِمَا) لتعدد الجمع، وقِس بهذا ما في معناه من مكان وغيره.

قال: **(وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَى أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ لَزِمَهُ الْأَلْفُ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: عملًا بأول إقراره، وألغًا لآخره؛ لأنه وصل به ما يرفعه، فأشبه قوله: ألف لا يلزمني، والثاني يقبل قوله، ولا يلزمه شيء؛ لأنه كلام واحد، ومنعها واقع، والأصل للبراءة.

وقيل: لا يقبل قوله: قضيته قطعًا، وصححها جماعة.

وقال الإمام: أنها المذهب، وموضع الخلاف مع الوصل، فإن فصل لزمه الألف قطعًا.

قال الإمام: وكنت أود لو فصل فاصل بين أن يكون المقر يعلم بأن ثمن الخمر لا يلزم، وبين الجهل، فبعدد الجاهل دون العالم، لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب.

قلت: يقول ما تمناه فيما إذا ترافع إلينا بيان ذلك، أو من قرب عهده بالإسلام، فمن يرى الخمر مالًا، وهو ممن يخفي عدم ماليتها، ولزوم ثمنها، وكنت أنا أود لو فصل فاصل بين أن يكون المقر لا يرى جواز بيع الكلب الصائد، كما هو مذهب جماعة من العلماء، وبين أن يكون كذلك، فالأول

وَلَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَهُ سَلَّمْت قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ وَجَعَلَهُ ثَمَنًا.

غير متناقض، بل ظاهر حاله واعتقاده دال على صدقه، بل كثير من عوامنا الذين لا مذهب لهم يظنون جواز بيعه، ولزوم ثمنه، والله أعلم .

فرع: لو قدم الخمر أو نحوه، فقال له من ثمن خمر : عليَّ ألف، لم يلزمه شيء قطعًا، وكل حال نص عليه، وجرى عليه المصنف وخلائق، ولا يخفى نظائره، كتعديم السبب في الإقرار للحمل، كاقترضت من حمل هند الفائض عليه في «الأم» وإنما ضمنت لك زيدًا بشرط الخيار، فيقبل جزمًا، ذكره الْمَاوَرْدِي، وقضيته أنه لو ادَّعى عليه ألفًا، فقال: إنما لك عليَّ ألف من ثمن حرابة يقبل، لكنه في التتميم في «شرح المهذب».

حكي عن الشَّاشِي أنه قال في «المعتمد» : إنه لا فرق بين قوله: عليَّ ألف من ثمن خمس، وقوله: عليَّ من ثمن خمر ألف، في أن الجميع على قولين؛ لأنه وصل إقراره بما يبطله سواء بقدم ذكر الخمر، أو أخر، وأقره عليه ولم أره لغيره، والظاهر أنه من تفقهه.

قال: **(وَلَوْ قَال: مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَهُ سَلَّمْت قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ وَجَعَلَهُ ثَمَنًا)**، إذ المذكور أخر إلا برفع الأول، بخلاف قوله: من ثمن خمر، هذا ما جزم به العراقيون، وبعض الخُراسانيين.

وقيل على قولين إشارات قوله: من ثمن عبد بشر، أنه لا فرق عندنا بين عبد معين وغيره، وهو لذلك، وقوله: وجعل ثمنًا، يعني: الألف، فيكون حكمه حكم الثمن في وجوب التسليم، فهل يبدأ به البائع، فعلى المذهب لا يطالب بالألف، إلا بعد تسليم العبد، وقوله: إذا سلم تسلمت زيادة في التصوير عن محتاج إليها، وقوله: لم أقبضه هو، والمعتبر وعبارة «تهذيب المحرر» : من ثمن عبد إن سلم سلمت، والطريقان مشهوران فيما إذا قال ذلك متصلًا، فأما إذا قال: منفصلًا لم أقبض ذلك العبد قبل، نص عليه الشَّافِعِي، وجزم به العراقيون، ويجري فيه الطريقان من باب أولى، وجزم أبو علي الفاروقي بعدم القبول. وفي «الذخائر» نقل القولين فيما لو قال: له عليَّ ألف من ثمن بيع لم أقبضه.

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قيل: قوله: لم أقبضه متصلًا ومنفصلًا، والظاهر أنه ذكره في معرض مفارقته للخمر ونحوه في حال الفصل لا غير.

قال الْبَغَوِي والفوراني وغيرهما: لو قدم ذكر الشراء، فقال: اشتريت منه عبدًا بألف إذا سلم سلمت، قبل: قولًا واحدًا، ولا يجز فيه الطريقان، ولو قال: له عليَّ ألف، ثم قال: مفصولًا هو من ثمن مبيع لم أقبضه، لم يقبل قولًا واحدًا.

واستشكل ابن الرِّفْعَة عدم إجراء الخلاف فيه، ثم أجاب: أنه يؤدي إلى إبطال الاحتجاج بالأقارير.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ شَاءَ الله لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: الذي قطع به الجمهور؛ لأنه لا يجزم بالإقرار، بل علقه بالشك، وقبل على القولين في قوله: من ثمن خمر.

قال الرَّافِعِي: ولو خرجوا طريقًا آخر جازمًا باللزوم، لكان قريبًا بناء على أن تعليق السابق لا ينتظم، وبهذا قال أحمد، ولو قال: له عليَّ ألف إن شئت أو إن شاء فلان، فالمشهور بطلان الإقرار.

وقال الإمام: الوجه تخريجه على القولين، كذا نقلًا، وعبارة «الوسيط» تخرج على القولين أن عدم صيغة الالتزام، وإن أخر، فيقطع بأنه لا يلزمه، انتهى.

وقال ابن شدَّاد في كتابه: يلجأ الحكام تبعًا لصاحب «الذخائر» أن بعض الأصحاب، قال: ما علق بمشيئة الله تعالى يبطل، وما علق بمشيئة غيره على قولين، ولو قال: لك عليَّ ألفان قبلت إقراري.

قال ابن الصباغ: لا يكون هذا عندي إقرارًا، وبه جزم المتولي تبعًا له.

فرع: قال في «الروضة»: له عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أطلق جماعة أنه لا شيء عليه، وذكر الإمام وغيره أنه على القولين، وكيف كان فالمذهب أنه لا شيء عليه عند الإطلاق، ولو قدم التعليق.

فقال: إن جاء رأس الشهر، فعليَّ ألف لم يلزمه قطعًا.

....

وفي «التتمة» وجه: أن مطلقه محمول على التأجيل برأس الشهر، وهو غريب وبه قطع فيما إذا قال: ألف إذا جاء رأس الشهر.

قلت: وقع في شرحي الرَّافِعِي سهو في المسألة، وقدمه المصنف فيما ذكره، ولفظه في «الكبير»، ولو قال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم رجلان أطلق مطلقون بأنه لا يكون إقرارًا؛ لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال، والواقع لا يعلق بشرط.

وذكر الإمام وغيره: أنه على القولين؛ لأن صدر الكلام صيغة التزام يرفع حكمها، ويمكن أن يكون إطلاق من أطلق؛ اقتصارًا على الأظهر من القولين في المسألة، ثم ذكر كلام المتولي كالروضة، ولم يقل إنه غريب، وقوله في الأظهر من القولين في المسألة عجيب. وقال في «الصغير»: ولو قال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، فقد ذكر الإمام وغيره بأنه على القولين، وأطلق بعضهم أنه لا يكون إقرارًا، وكأنهم اقتصروا على الأصح في المسألة كما ذكرنا في التعليق بالمشيئة، انتهى.

وعبارة «الوجيز»: إن جاء رأس الشهر لم يلزمه أصلًا؛ لأن الإطلاق المعلق باطل، انتهى.

وقال في «الوسيط»: ولا خلاف أنه إذا قال: له عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، وقصد به التعليق، أنه يخرج على القولين.

وعبارة «البسيط» على قولي ثمن الخمر، وإن فسَّر بالأجل، فعلى الطريقين يعني في قوله: ألف مؤجل، وهو ملخص في «النهاية» إذا عرفت هذا، ففي «الشامل» و«البحر» و«البيان» وغيرهما.

قال الشَّافِعِي: لو قال: له عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، كان إقرارًا، فإن قدم فقال: إذا جاء رأس الشهر، احتمل أن يكون أراد محلها، أو وجوب تسليمها ذلك الوقت، فلم يبطل الإقرار، وإذا قدم الشرط لم يقدم الحق، وإنما علقه بالشرط، فلم يكن إقرارًا.

....

قال القاضي أبو الطيب: في هذا نظر، ولا فرق بين تقديم للشرط وتأخيره، انتهى.

وبلزوم الألف إذا قدم الإقرار، أجاب القاضي الحسين، وكثيرون من الطريقين تبعًا للنص.

وجعل الإمام ومن تبعه المسألة على القولين في قوله: من ثمن خمر، فحصل أن ما جزم به المتولي في المذهب قطعًا أو الأظهر، ولو اتفاق الشرحين على إثبات لا في قوله، أطلق مطلقون: أنه لا يكون إقرارًا لكان الصواب جد فيها، ولكن كلامه بعد ذلك يفهم إثباته، وهو سهو لا شك فيه.

وقوله: أن المتولي نقل وجهًا في أنه سهو، وإنما ذكره في آداء، وهو قول القاضي أبي الطيب في تعليقه، ونقله عنه الأئمة في تقديم آداء، والحاصل هو ما جد بها أن يقول: له عليَّ ألف إن جاء زيد.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: إذا قال: لك عليَّ ألف إن قدم فلان، أو خرج فلان، أو كلمت فلانًا، أو كلمك، فهذا كله من جهة العماد، ولا شيء عليه، وهذا متفق عليه، وكذلك الحكم لو قال: إذا جاء زيد وقدم ونحوهما، الثانية: أن يقول: لك عليَّ ألف إن جاء رأس الشهر، فهي كالتي قبلها كما جزم به في «الوجيز»، ويحتمل أن يحمل على التأجيل برأس الشهر، أو يكون على الوجهين السهو في المسألة السادسة، الثالثة: له عليَّ ألفًا، وجاء رأس الشهر له قطعًا؛ لقوله: له عليَّ ألف مؤجل.

وقيل قولان، ونقلها في الكافي عن طريقهم، الرابعة: إذا جاء رأس الشهر، فلزيد عليَّ ألف.

قال المتولي: اختلف أصحابنا، فمنهم من قال: يكون إقرارًا باطلًا؛ لأنه تعليق، والأمر لا يقبله، انتهى.

والأول قول القاضي أبي الطيب، والمذهب الثاني، الخامسة: لو قال: له عليَّ ألف إلا أن يبدو لي فوجهان في «العدة»، وإن قال: له عليَّ ألف، إن مت

....

لم يكن إقرارًا خلافًا لأبي حنيفة لنا، أنه معلق بالموت، فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد.

السادسة: قال في «العدة» أيضًا: ولو قال: معسر لزيد: عليَّ ألف درهم إن رزقني الله مالًا كان إقرارًا، خلافًا لأبي حنيفة، وبعض أصحابنا للتعليق.

قال: والأولى أصح؛ لأن البيان ميقات لأداء ما على المعسر، وبيان ميقات لأداء لا يبطله، كما لو قال: له عليَّ ألف إلى رأس الشهر، وأقره العمراني وفيه نظر، ولا شك في المنع إذا دلت قرينة على الوعد بأن بشره زيد بمولود، أو بهلاك عدو له ونحوهما، فقال ذلك.

فرع: قال في «الحاوي»: لو قال: أقرضني ألفًا، ثم قال: لم أقبضه صدق يمينه، خلافًا لأبي حنيفة، وصاحبه وتبعه الشاشي وصاحب «الذخائر»، وابن أبي عصرون، وكلامه مصرح بعدم الفرق بين أن نقوله متصلًا أو منفصلًا، لكن في الشامل لو قال: أودعني ألفًا، فلم أقبضها، أو أقرضني أو أعطاني، فلم أقبض، قبل قوله إن كان متصلًا، ولا يقبل إن كان منفصلًا؛ وكذلك إذا قال: وعدني ألفًا، فلم أقبضها.

وفي «روضة» شُرَيْح عن جده أبي العباس الرُّويَانِي: أنه لو قال: أقرضني كذا ولم أقبضه لا يقبل منه؛ لأن ظاهر اللفظ بقيد القبض.

وعن بعضهم: إن كان من أهل المعرفة يحمل على القبض عملًا بموجب اللفظ، وإن لم يكن من أهلها لم يحمل عليه، انتهى. فحصل أوجه.

قال شُرَيْح: ولو قال: بعتني سلعة بكذا، فلم أشترها، فأوجه أحدها: أنه مقر بالشرى، والثاني: لا، والثالث: يفصل بين العالم والجاهل، وأنه لو قال: بعتك سلعة بكذا، فلم يشرها، فقيل على الأوجه، وقيل يحكم عليه بالبيع قولًا واحدًا، انتهى.

وذكر المصنف وغيره: أنه على قولي تبعيض الإقرار.

فرع: الإقرار بالهبة ليس إقرارًا باقيًا فيها على المذهب، وعن نصه إذا كان

وَلَوْ قَالَ أَلْفٌ لَا يَلْزَمُ لَزِمَهُ، ....

بيد الموهوب له، فهو قبض بعد الإقرار.

قيل: وهو على قوله إذا وهب منه ما بيده، لا يحتاج في قبضه إلى إذن، ولو قال: وهبته وخرجت إليه منه، فالأصح أنه لا يتضمن إقراره بالقبض أيضًا.

وجزم الْمَاوَرْدِي: أنه إن كان بيد المتهب عند الإقرار حمل على الإقباض.

وقالوا في «الأم» أيضًا، ثم قال: هكذا لو قال وهبتها له وملكها.

وقال: إن المزني رواه في جامعه «الكبير».

وقال الدارمي: إذا قال: وهبتك هذه الدار، وقبضها ثم قال: لم أقبضها حلف القابض، فإن نكل حلف الواهب ورجعت إليه، فإن كانت الدار بالبلد لم يقبل؛ لأنه إقرار بالتقبيض، انتهى.

ووقع في المسألة اضطراب في «الروضة»، وربما يوضحه هناك، ولو قال: وهبته منه وملكه، فكما سبق نص عليه في «الأم»؛ لأنه قد يكون عنده بالكلام، وهو مشكل مقتضي ألا يعمل بإقرار يملك، والممكن في تعليله أنه لما قرن قوله، وملكها بالهبة، وأكثر الناس أن الهبة تنقل الملك بدون القبض، قوى الاحتمال فيه، فلم يجعل إقرارًا بالقبض، وسننه أن يفرق بين العالم والجاهل.

ولو قال: وهبتها بغير رضاي، فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الرضا، نص عليه وأحسبه من تفريع قوله: أنه يصدق على الإكراه مطلقًا، والمرجح خلافه.

قال: **(وَلَوْ قَالَ أَلْفٌ لَا يَلْزَمُ لَزِمَهُ)**؛ لأنه غير منظم.

وقرن به الرَّافِعِي له عليَّ ألف أولًا، وغلطه في «الروضة»، وقال: الصواب أنه لا شيء عليه في قوله أولًا، وهو معدود؛ لأنه المشهود المجزوم به في الكتب المشهورة.

وفي «التهذيب» لو قال: له عليَّ ألف، لألزمه، وفي بعض نسخ الشرح مثله، ورأيت في آخر الطلاق من فروع ابن القطان، أنه لو قال: أنت طالق طلقة أو لا، لزمه طلقة، كما لو قال له: عنده دراهمًا أولًا فيلزمه، هذا لفظه.

ولعل الرَّافِعِي أخذ ذلك من كلام صاحبه ابن كج، ولم ينقب على

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ: أَرَدْتُ بِهِ هَذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ فَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: لِي عَلَيْك أَلْفٌ آخَرُ صُدِّقَ الْمُقِرُّ فِي الْأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ.

المسألة، وقد قال قبل هذا الباب: لو قال: عليَّ ألف، أو على زيد وعمرو، ولم يلزمه شيء، وكذا لو قال: على سبيل الإقرار أنت طالق أو لا، فإن ذكره في معرض الإحسان طلقت، انتهى.

فقوله: لو قال على سبيل الإقرار يناقض ما ذكره هنا، وكان ينبغي للمصنف أن يحتج به عليه.

فرع: قالا: لو قال لفلان: عليَّ درهم أو دينار، لزمه أحدهما، وطولب بالتعيين. وقيل: لا يلزمه شيء، وهو ضعيف جدًّا، هذا لفظ «الروضة».

وكان ابن القطان في فروعه هنا إذا قال لفلان: عليَّ ألف أو عبد، فالذي عليه جماعة أصحابنا: أنه لا يصح هذا الإقرار؛ لأنه لا يثبت على شيء، وموضوع الإقرار على اليقين، انتهى.

وهذا يخالف ما ذكره في الطلاق.

وقال الديبلي: لو قال: له عليَّ درهم أو درهمين، لزمه درهم؛ لأنه يقين، ولو قال: درهم أو دينار لم يلزمه شيء؛ لأنه ذكر جنسين.

وقال في موضع آخر: لو قال: له عليَّ ألف، أو عبد لم يلزمه شيء؛ لأن «أو» حرف للشك في الأخبار، ولا يلزمه بالشك.

وقال الترمذي: يطالب بالتعيين، والأولى يلزمه شيء، انتهى.

وأرسل الدارمي الوجهين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ: أَرَدْتُ بِهِ هَذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ فَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: لِي عَلَيْك أَلْفٌ آخَرُ صُدِّقَ الْمُقِرُّ فِي الْأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ**) لأن الوديعة يجب عليه حفظها، والتجلية بينها وبين مالكها، فلعله أراد تكلمه على الأخبار بين الواجب، ويحتمل أنه تعدى فيها، فصارت مضمونة عليه.

وقال في «الأم»: أن من أودع شيئًا، فجائز أن يقول لفلان: عندي، ولفلان: عليَّ، وقد يتعدى فيكون دينًا عليه، انتهى.

فَإِنْ كَانَ قَالَ فِي ذِمَّتِي أَوْ دَيْنًا صُدِّقَ الْمُقَرُّ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وعلى هذا القول اقتصر الجمهور، ومنهم الثقات الْمَاوَرْدِي، وأبو الطيب، والحسين، والدارمي، والفوراني، وابن الصباغ، والمتولي، والمراوزة، كما قاله الإمام، والثاني يصدق المقر يمينه، فما أبى به وديعة، وله عليه ألف دينار؛ لأن لفظه عليَّ للإيجاب في الذمة؛ ولهذا لو قال: عليَّ ما على فلان كان ضامنًا، والوديعة لا تثبت في الذمة، فلا يقبل التفسير بها.

إشارة: قال الرَّافِعِي: نسب الشيخ أبو حامد القولين إلى نصه في «الأم»، وفي النفس من ثبوت الثاني نصًّا، ونقل في «التنبيه» و«التحرير» الثاني وجهًا لا نصًّا، ويؤيده جزم كثيرين بالأول بل الأكثرين، وهو المنصوص في «المختصر»، والأول صريح نصه، ولكن بلفظ عندي، وعلله بما سبق.

وقال الدارمي: إذا قال: له أو عندي أو قبلي ألف درهم، ثم جاء بها، فقال: هي هذه، وذكر ما سبق، فسوى بين الصيغ الثلاث، وأما القول الثاني، فقال في «الأم» بعد قائمة من القول الأول: ولو قال: له عليَّ ألف درهم وديعة، فهي وديعة، ولو أن قال: له عليَّ ألف درهم، وثم سكت، ثم قال بعد: هي وديعة، أو قال: هلكت، لم يقبل ذلك فيه؛ لأنه قد ضمن ألف درهم، ثم ادعى ما يخرجه من الضمان، فلا يصدق عليه إنما صدقناه أو لا؛ لأنه وصل الكلام؛ ولذلك لو قال: له قبلي ألف درهم، فوصل الكلام أو قطعه، كان القول فيها مثل المسألة الأولى إذا وصل أو قطع، انتهى.

قال: **(فَإِنْ كَانَ قَالَ فِي ذِمَّتِي أَوْ دَيْنًا) أي: ثم جاء بألف، وفسره بالوديعة كما سبق (صُدِّقَ الْمُقَرُّ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ)**؛ لأن العين لا تثبت في الذمة، والثاني فيه وجهان وأحد الطريقين من قول الرَّافِعِي، إن لم يقل في الصورة الأولى فهما أولى، وإلا فوجهان أصحهما أنه لا يقبل، انتهى.

وسوى ابن القطان بين الصورتين، وحكى الخلاف وجهين للأصحاب، وأنه لا فرق بين قوله: عليَّ في ذمتي.

وقال الدارمي: وإن قال: في ذمتي، ثم بينه بالوديعة، فخالفه المقر له،

قُلْت: فَإِذَا قَبِلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا أَمَانَةٌ فَيُقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلَفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَدَعْوَى الرَّدِّ، ، وَإِنْ قَالَ لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ وَالتَّلَفِ قَطْعًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

فالصحيح أن القول قول المقر له، وقيل: قول المقر له، انتهى.

ويؤيد ترجيحه قول الشَّافِعِي في توجيه القول الأظهر، وقد يودع فيتعدى فيها فيكون دينًا له عليه، فليست الذمة شيئًا إلا بالتعيين، انتهى.

وهو كالمصرح بما رجحه الدارمي الخلاف كما اقتضاه كلام القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي، وهو المشهور كما قال ابن الرِّفْعَة فيما إذا جاء بألف، وقال: هي هذه، أما لو قال له: في ذمتي ألف درهم، ثم جاء بألف، وقال الألف التي أقررت بها كانت وديعة وتلفت، وهذه بدلها، قبل منه بجواز أنه يكون بتفريطه، فيكون البدن ثانيًا في ذمته.

وحكى ابن يونس وجهًا: أنه لا يقبل.

قال: (**قُلْت: فَإِذَا قَبِلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا أَمَانَةٌ يُقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلَفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَدَعْوَى الرَّدِّ**)؛ لأنه حكم في الوديعة والثاني، ونسبة الإمام إلى الأصحاب إنما تكون مضمونة عليه، فلا يصدق في دعوى الرد والتلف أحدًا بقوله أو لا عليَّ؛ ليضمنها الالتزام.

تنبيه: احترز بقوله بعد الإقرار عما لو ادّعى أنه تلف، أورده قبل الإقرار بأنه لا يصدق؛ لأن التالف لا يكون عليه بحال.

قال: (**وَإِنْ قَالَ لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ وَالتَّلَفِ قَطْعًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ**) لأنه محتمل للأمانة، ويشعر بها، والأصل براءة ذمته، وكذلك الحكم لو قال: دفع لي ألفًا، أو أحدث منه القائم فسره بوديعة.

قال الرَّافِعِي: وعن القفال أنه قال: والمذهب عندي أنه يفرق بين اللفظين، كما قال أبو حنيفة يعني في أن الصدق في دعوى الأخذ عصى المقر به؛ لأن الأخذ منه قد لا يكون برضاه وديعة يكون برضاه، انتهى.

وعبارة «البحر»: لو قال: أحدث منه ألفًا، فهو كقوله: دفعه إليَّ، أو فسره

وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ كَانَ فَاسِدًا وَأَقْرَرْت لِظَنِّي الصِّحَّةَ لَمْ يُقْبَلْ وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُقَرِّ لَهُ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُقِرُّ وَبَرِئَ.

بوديعة. قيل: خلافًا لأبي حنيفة.

قال: لأن الأخذ يقتضي الغضب.

قال القفال: يحتمل أن يكون هذا مذهبنا، انتهى.

وبين النقلين عن القفال فرقٌ واضح.

قال: (**وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ، ثُمَّ قَالَ: كَانَ فَاسِدًا وَأَقْرَرْت لِظَنِّي الصِّحَّةَ لَمْ يُقْبَلْ**) لأن الاسم يختص بالصحيح عند الإطلاق، ولم يذكر فيه الخلاف السابق في دعوى الصحة والفساد.

(**وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُقَرِّ لَهُ**) أي: لإمكان صدقه، وقد يخفى المفسد، أو يعقل عنه.

قال: (**فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُقِرُّ وَبَرِئَ**) أن يمينه المردودة كالبينة أو كالإقرار.

وعبارة «الروضة» و«الشرحين» و«المحرر» وحكم ببطلانه، أي: فيهما جميعًا، وخلط بعض الشارحين هنا، تخليطًا قبيحًا، ويوهم أن دعوى الفساد مقصورة على البيع. وقال: إن النزاع في دين، وأن المصنف احترز بقوله: وإقباض على ما إذا أقر بالهبة فقط، وذكرنا من قبل أن الإقرار بها لا يتضمن الإقرار بقبضها على المذهب خلافًا لنصه في الإقرار والمواهب، وفي الجامع الكبير فيما إذا كانت العين بيد المتهم وادعاه، وسبق أن الأصح أن قوله: خرجت إليه منها، أو قال: ملكها لا يكون إقرارًا يقصها على الأصح، والمنصوص في الإقرار والمواهب.

قال الرَّافِعِي: أما لو أقر بالقبض مع الهبة، فقال وهبت، وأقبضت، أو سلمته منه، أو حازه مني لزمه الإقرار، فلو عاد وأنكر القبض، وذكر بإقراره تأويلات، ولم يذكره وهو كما ذكرناه فيما إذا قال: وهبت وأقبضت، ثم عاد وأنكر.

قلت: نص في «الأم» هنا على التحليف في مسألتنا، واقتصر على لفظه جازمًا، ولم يقل: مني، فأشعر بأنها ليست مقيدة.

وَلَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو أَوْ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو سُلِّمَتْ لِزَيْدٍ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُقِرَّ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو بِالْإِقْرَارِ.

قال: فيصدق الموهوب له ووارثه، وكذلك لو قال: وصارت في يده، وسواء كانت حين يقر في يد الواهب أو الموهوبة له، انتهى.

وقد يحتمل أن يقال: إن قوله: حازها، كقوله: وملكها، لو قد يرى الحيازة يكون بالكلام كما نراه في قوله: وملكها، ونسبه أنه لا بد من قوله: متى، كما أفهمه كلام الرَّافِعِي، إذ قد يجوزها بغير إذنه، فإذا ادعى عدم الإذن صدق فيه، ويحتمل غيره لإطلاقه الحيازة، وعدم تعرضه لعدم إذنه.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ)** أي: التي بيده.

(لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو أَوْ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو سُلِّمَتْ لِزَيْدٍ) لأن من أقر لآدمي بحق لا يقبل رجوعه عنه، ولا فرق بين قوله: لا بل لعمرو، ولا بد من زيد، وغصبها زيد من عمرو.

وقال في «البحر»: أو قال؛ أودعنيه زيد، بل من عمرو.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُقِرَّ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو بِالْإِقْرَارِ)** للحيلولة بإقراره للأول والثاني؛ لا لأن الإقرار الثاني صادق ملك الغير، فلا يلزمه شيء، كما لو أقر لعمرو بالدار التي بيد زيد، ثم قيل القولان؛ لأن فيما إذا انتزعها الحاكم وسلمها لزيد، فإن سلمها المقر بنفسه عزم قطعًا، وقيل: هما في الحالتين، وصححها العمراني والمصنف وغيرهما.

وقيل: إن أخطأ لم يغرم، فإن تعمد فالقولان وليس بشيء.

قال أصحابنا: ويجري الخلاف سواء، والى بين الإقرارين لهما، أو فصل بفاصل طويل أو قصير، ثم الظاهر أنه يعزم لعمرو في الحال.

وفي «البحر» طريقة: أنه لا يعزم في الحال، بل إذا تيسر من العين بتلفها في يد المقر له، وفي الشك في الطلاق.

من الوسيط عن الإمام: أنه لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو يؤاخذ به، ولم أره في «البسيط» ولا «النهاية».

فَصْلٌ

وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ إِنْ اتَّصَلَ وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ.

فرع: بيده عين، فانتزعها مدع يمينه بعد كون ذي اليد، ثم جاء آخر يدعيها هل له طلب القيمة من الأول، إن قلنا: اليمين المردودة بعد النكول كالبينة فلا، أو كالإقرار فهي سماع دعوى الثاني عليه القيمة الخلاف.

فصل

قال: **(وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ)** لوجوده في القرآن والسنة وكلام العرب، وهو إخراج ما أولاه لدخل في الأول بأدوات سنذكر بعضها.

قال: **(إِنْ اتَّصَلَ وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ)** بإجماع اللغويين ملك في «الروضة»، فإن سكت بعد الإقرار أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه، ثم استثنى لم ينفعه.

قلت: هكذا قال أصحابنا: إن يحلل الكلام الأجنبي يبطل الاستثناء.

وقال صاحبا «العدة» و«البيان»: إذا قال: عليَّ ألف أستغفر الله إلا مائة صح الاستثناء عندنا، خلافًا لأبي حنيفة، ودليلنا: أنه فعل يسير، فصار كقوله: عليَّ ألف يا فلان إلا مائة، وهذا الذي نقلاه فيه نظر، والله أعلم.

تنبيهات: أحدها: قوله: فإن سكت بعد الإقرار، هكذا وقع في بعض نسخ الشرح لطلاق السكوت، ووقع في بعضها، قال سكت طويلًا، وكذا هو في «الشرح الصغير» و«التهذيب» و«الكافي»، فبان بذلك أنه سقط من الأصل الذي أحضرته منه و«الروضة» ولا شك أنه لا يضر سلبه بنفس وعي نحوهما، كما سيأتي بيانه في الطلاق إن شاء الله تعالى الثاني.

قال في «الكافي»: وشرط أن يكون الاستثناء منقلًا بالجملة الأولى، فلو سكت بينهما طويلًا أو اشتغل بأمر آخر بحيث ينقطع الكلام الأول في العادة لا يصح الاستثناء، فإن قال: لفلان عليَّ ألف درهم، هو صديقي إلا مائة، أو قال: له عليَّ ألف درهم، الحمد لله إلا مائة يجب الألف، ولا يصح الاستثناء، ولو قال: لفلان عليَّ ألف درهم، أستغفر الله إلا مائة صح الاستثناء؛ لأن قوله: أستغفر الله، أشد دال لما سبق منه، فكان ملائمًا للاستثناء، فلا يمنع الصحة،

فَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً إِلَّا ثَمَانِيَةً لَزِمَهُ تِسْعَةٌ.

ولو قال: لفلان عليَّ ألف أعطيته إلا مائة، لزمه الألف، انتهى.

وكلامه مصرح بأن المأخذ ما ذكره لا الفصل اليسير، واقتضى كلامه أن قوله: يا فلان مبطل للاستثناء، بخلاف ما ذكره في «العدة».

قال: ولا يستغرق أي: كقوله: له عشرة دراهم إلا عشرة دراهم، وما أشبه هذا لم يصح إجماعًا، وأعرب بعض الأصوليين، فنقل للناس قولًا فيه، ولا فرق عندنا بين الاستثناء الأكثر والأقل والمساوي، ويصح الاستثناء بأدواته بـ«إلا» وغير وسوى وعدا وخلا وليس ودون وحاشا وما خلا وما عدا.

فروع: لو قال: عليَّ ألف استثنى منه، أو أحط، أو أدر مائة، ففي كونه استثناء صحيح وجهًا في «الحاوي»، سبق عن «العدة»: أنه لو قال: له عليَّ ألف، إلا أن يبدو لي، ففي كونه مقرًّا وجهان.

والجواز في «روضة» شُرَيْح، و«إشراف» الهروي: أنه لا يصح لقوله إن شاء الله تعالى، وسيأتي عن نص «الأم» في الطلاق والعتق ما يقتضي الصحة، إلا أن يفرق بين الإقرار والإنشاء، لو قال: عليَّ درهمان، بل درهم أو عشرة، بل تسعة.

قال الشيخان وغيرهما: لزمه الدرهمان والعشرة.

وفي «الإشراف»: أنه لا يلزمه إلا درهم وتسعة.

قال: لأن التخاطب جرى بمثله، فصار كالاستثناء المعروف المعهود، ونقله شُرَيْح في «روضته» عن العبادي، واستشكله ولم يذكر سواه، وكأنه ببلدهم اطرد أراده الاستثناء بذلك.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً إِلَّا ثَمَانِيَةً لَزِمَهُ تِسْعَةٌ**) لأن الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، كما بين في الطلاق معنى الكلام إلا تسعة، لا يلزم إلا ثمانية يلزم، فلزمه الثمانية، والواحد الباقي من العشرة، إذا نكر الاستثناء كان كل واحد يستثنى مما قبله، وضابطه أن يجمع كل ما هو إثبات، وكل ما هو نفي، ويسقط المنفي من المثبت، والباقي هو المقر به، فإذا قال: له عليَّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا تسعة، وهكذا إلى الواحد،

وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ كَأَلْفٍ إِلَّا ثَوْبًا، وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ دُونَ أَلْفٍ.

فعليه خمسة؛ لأن الأعداد المثبتة ثلاثون، والمنفية خمسة وعشرون، ثم معرفة المثبتة أن العدد المذكور أولًا إن كان تسعًا، فالأشفاع مثبتة، والأوتار منفية، وإن كان وترًا فبالعكس، وشرطه أن يكون الأعداد المذكورة على التوالي المعتاد، يتلو كل تسع وترًا وبالعكس، فلو قال: ليس له عليَّ شيء إلا خمسة، فمقر بخمسة، ولو قال: ليس له عليَّ عشرة إلا خمسة، لم يلزمه شيء عند الجمهور، إذ العشرة إلا خمسة خمسة، فكأنه قال: ليس له عليَّ إلا خمسة.

وقيل: يلزمه خمسة، بناء على أن الاستثناء من النفي إثبات، هذا إذا أنكر الاستثناء بلا عطف، فإن عطف كقوله: عليَّ عشرة إلا خمسة وثلاثة، أو عشرة إلا خمسة وإلا ثلاثة، فهما معًا مستثنيان من العشرة، فيلزمه درهمان، ولو قال: إلا خمسة وإلا أربعة، لزمه درهم، وهكذا.

قال: (**وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ كَأَلْفٍ**) أي: من الدراهم مثلًا.

(**إِلَّا ثَوْبًا**) لوروده شرعًا ولغةً.

ومنه قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا﴾ [مريم: ٦٢] فإنهم عدو لي إلا رب العالمين في آيٍ كثيرة.

وفي «الحاوي» و«البحر»، وذكر وجهين في متعة من غير الإقرار، لبعد وجود مثله في غير الإقرار، ووضع في نسخ كفاية ابن الرِّفْعَة في نقلهما اختلاف، ففي نسخ كما ذكرنا، وفي نسخ نقلهما في استثناء الأكثر من غير الإقرار، والظاهر أنه تحريف إذا قال: له عليَّ ألف درهم إلا عبدًا، أو إلا بعيرًا، أو شاة، أو ثوبًا، وغيرهما صح، ولكن يفسر المستثنى مما ينقص عن الألف كذلك.

قال: (**وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ دُونَ أَلْفٍ**) أي: بأقل ما يتمول؛ لئلا تستغرق فإن استغرق، فالتفسير لغو.

وفي الاستثناء وجهان: أصحهما عند الإمام وغيره، وفي أصل «الروضة»، والأشبه عند الرَّافِعِي: أنه يبطل كالمستغرق، وأصحهما في «التهذيب» و«الانتصار»: أنه لا يبطل، ويؤمن بالتفسير ثانيًا، وبالأول جزم

وَمِنْ الْمُعَيَّنِ كَهَذِهِ الدَّارُ لَهُ إِلَّا هَذَا الْبَيْتَ، أَوْ هَذِهِ الدَّرَاهِمُ لَهُ إِلَّا ذَا الدِّرْهَمَ،

الْجُرْجَانِي في «التحرير»، وأكثر الكتب ساكنة عن الترجيح.

فائدة: قال الغزالي: ومنعه صاحب «الذخائر» وابن الرِّفْعَة في المسألة، هذا استثناء من الجنس؛ لأن تقديره إلا قيمة ثوب، نعم فيه مجاز من حيث ذكر الثوب، والمراد قيمته، وفي الشامل يصح من غير الجنس، ومن أصحابنا من قال: لا يكون استثناء في الحقيقة، انتهى.

ورأيت في «شرح الفروع» للبندنيجي: يصح الاستثناء من غير الجنس عندنا في كل شيء إذا اتقى شيء من الجملة.

واختلف أصحابنا في ترتيب ذلك، فقال أبو إسحاق: هذا استثناء من القيمة، فإذا قال: له عليَّ مائة دينار إلا مائة درهم، وكأنه استثنى من قيمة الدنانير مائة درهم، ولو قال: له عليَّ مائة درهم إلا ثوب، وكأنه استثنى قيمة الثوب من الدراهم، وكأنه يشير إلى أن الاستثناء أبدًا لا يكون إلا من جنسه، وذهب الأكثرون من أصحابنا إلى صحة ذلك من غير اعتبار القيمة، وجه ورد القرآن، ومنه قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾ [مريم: ٦٢] وغيرها، ولو كان هذا استثناء من القيمة، وجب أن يكون الإقرار بقيمة الدنانير، حتى إذا ذهب منها المائة كان الواجب عليه ما في قيمة الدنانير، حتى إذا ذهب منها المائة كان الواجب عليه ما في قيمة الدنانير، لا عين الدنانير، فإذا لم يقبل أحد ذلك دل على أنه استثناء من غير الجنس، وصح ذلك، انتهى لفظه - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-.

قال: **(وَمِنْ الْمُعَيَّنِ)** أي: ويصح الاستثناء من العين، **(كَهَذِهِ الدَّارُ لَهُ)** أي: لزيد.

(إِلَّا هَذَا الْبَيْتَ، أَوْ هَذِهِ الدَّرَاهِمُ لَهُ إِلَّا هذَا الدِّرْهَمَ) أي: ونحو ذلك، كهذا القميص إلا كمه، أو هذا القطيع إلا هذه الشاة، أو هذا الخاتم إلا هذا الفص، أو هذه الدار لزيد إلا بناها، فيكون مقرًّا بالأرض فقط، قاله الْمَاوَرْدِي.

كما يصح الاستثناء من المطلق؛ لأنه إخراج بلفظ متصل، فهو كالتخصيص.

قال في «الأم»؛ ولأنه كلام صحيح وليس بمحال.

وَفِي الْمُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌّ.

قُلْت: لَوْ قَالَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا قُبِلَ وَرَجَعَ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَثْنَى صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

قال: (**وَفِي الْمُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌّ**) أي: أنه لا يصح الاستثناء منه، إذ الاستثناء المعتاد يكون المطلق لا من العين، وأيده قائله فإنه لو قال: هذه الدار له، وهذا البيت لزيد لم يصح، وهذا ممنوع.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت له كان مثل قوله: إلا هذا البيت، ولو قال: هذا الخاتم لفلان، وفصه لي، أو لفلان، فهو مثل قوله: هذا الخاتم إلا فصه لي، أو لفلان، فالخاتم لفلان، والفص له أو لفلان.

قال: (**قُلْت: لَوْ قَالَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا قُبِلَ**) كما لو قيل له: عشرة إلا شيئًا، أو إلا درهمًا، أو إلا فرق في صحة استثناء المجهول من العين والدين.

قال: (**وَرَجَعَ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ**)؛ لأنه أعرف بمراده، ويلزمه البيان؛ لأجل حق الغير كالعتق.

قال: (**فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَثْنَى صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، والله أَعْلَمُ**)؛ لأنه محتمل، والثاني: لا للتهمة وزيف.

ولو قال: عصيتهم إلا واحدًا، فماتوا إلا واحدًا، فقال: هو المستثنى.

قيل: بلا خلاف، وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحدًا؛ لأن حقه ثبت في القيمة، ولو مات المقر قبل البيان قام وارثه مقامه، قاله القاضي الحسين.

فرع: من «الحاوي»: لو قال: له عليَّ ألف إلا مائة قضيته إياها، كان مقرًّا بتسعمائة مدعيًا لقضائها.

وقال أبو حنيفة: يكون مقرًّا بألف مدعيًا لقضاء مائة منه.

فرع: من «الحاوي»: لو قال: له عليَّ ألف درهم، ومائة دينار إلا خمسين

فَصْلٌ

إن أراد بالخمسين جنسًا آخر غيرهما قبل، وإن قال ما فيها أرادهما أو أحدهما قبل، فإن بيانه عاد إليهما، وفيه وجهان، أحدهما: يستثني من الألف خمسون درهمًا، ومن المائة دينار وخمسون دينارًا، والثاني يعود إليها نصفين فيستثنى من الدرهم خمسة وعشرون، ومن الدنانير خمسة وعشرون.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: وفي الوجهين نظر، انتهى.

وعلى ما ذكره القاضي الحسين، ينبغي أن يرجع إلى بيان الوارث، فجواز إطلاقه على الحال.

ورأيت في أول الإيمان، والنذور من فروع ابن القطان: لو قال إلا عشرة له عندي مائة، فهو على وجهين، يعني في صحة استثناء العشرة، والظاهر أنه لو قال: له عليَّ، أنه على الوجهين، ولعل لفظه: عندي من الناقل، أو أنه يرى أن عندي كعليَّ كما هو عرف العامة.

فصل في مسائل منثورة نختم بها الباب

الأولى: لو قال لزيد: عليَّ ألزمني مائة، فليس بإقرار على الأصح، وقيل يلزمه المائة.

قال ابن الرِّفْعَة: وشبه أن يجري مثلها فيما إذا قال: ما لك عليَّ إلا مائة إذا مما إذا حلف لا يأكل إلا هذا، هل يحسب إذا لم يأكله؟ وفيه خلاف.

قيل: ليس مثله؛ لأنه إذا حلف لا يأكل إلا هذا، فقد منه نفسه من أكل غيره، وأخرج هذا من المنع، فيبقى مخيرًا فيه على أحد الوجهين، وهنا نفى عن المائة، وأخرج المائة من النفي، فلا بد أن يكون ثانيه وهو أن يحلف.

تتمات: ذكرتها في «الغنية» وفي الأيمان تعين الوقوف عليها لطالب الفائدة الثانية، إذا قال له رجل: غصبت ثوبي هذا مثلًا، فقال: ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك.

قيل: ليس بإقرار قطعًا.

....

وحكى في «الإشراف» عن سهل الصعلوكي: أنه إقرار؛ لقول أبي حنيفة، وبالأول أجاب الشيخان وغيرهما، وهذا الوجه لا يقصد به التبرؤ من الغصب، وأنه ليس من شأنه.

الثالثة: قال الإمام: قال القاضي، يعني: الحسين: لو قال: لك عليَّ شيء، فقال: ليس لي عليك شيء، وإنما لي عليك ألف درهم بدعوى أن الألف مردودة؛ لأنه نفي، أو لا يكون له عليه شيء، واسم الشيء فما لي لقلبك الكثير.

قلت: وفي النفس من هذا شيء، ولو قال: له عليَّ عشرة، فما أعلم أو أشهد لزمه، أو فيما أظن أو أحسب فلا، ولو قال: له عليَّ أكثر الدراهم، ورجع إلى بيانه، وقيل: يلزمه عشرة.

الرابعة: أقر بجميع ما في يده لزيد، ثم ادعى في شيء أنه لم يكن في يده صدق يمينه، ولو كان في يده حانوت، فقال: لزيد نصف ما في هذا الحانوت، ثم اختلفا في ثوب مثلًا، فقال المقر: أدخله الحانوت بعد الإقرار، وقال المقر له: بل كان فيه عند الإقرار صدق المقر يمينه؛ لأنه في يده، قاله شُرَيْح في «روضته».

الخامسة: قال شارح الكتاب: لو أقر في صك أنه لا دعوى له على زيد، ولا طلبه بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب، ثم قال: إنما أردت في داره مثلًا لا في بستانه، لا يقبل في ظاهر الحكم، وله تحليف المقر له أنه لا يعلم أنه قصد ذلك.

قال: والتردد في ذلك لا وجه له، يشير إلى ما ذكره الرَّافِعِي: أنه لو أقر في صك أنه لا دعوى له على زيد، ولا طلبه بوجه من الوجوه، ولا سبب من الأسباب.

قال: إنما أردت في عمامته وقميصه، لا في داره وبستانه.

قال القاضي أبو سعد- يعني الهروي-: هذا موضع تردد، والقياس قوله؛ لأن غايته تخصيص عموم، وهو محتمل.

....

وسكت الرَّافِعِي عليه، وزاد في «الروضة»، قلت: هذا ضعيف أو فاسد، والصواب أنه لا يقبل في ظاهر الحكم، لكن المختار أن له تحليف المقر له، أنه لا يعلم أنه قصد ذلك، ولعل هذا مراد القاضي، انتهى.

والظاهر أن الهروي إنما أراد القول: لا حق لي على فلان، ثم أقام بينة بحق هل يقبل فيه وجهان، حكاهما جدي وقال: قيل: ناب ما يكون إقرارًا وما لا يكون ولو قال: لا حق لي فيما في يد فلان، ثم قال: هذا العبد لم أعلم كونه في يده وقت الإقرار، صدق عند الشَّافِعِي خلافًا لأبي حنيفة، انتهى.

السادسة: سئل القاضي حسين عمن أقر في مرض موته، بأن ما في هذه الدار والدار لفلان ثم مات، وتنازع المقر له والدار في بعض الأمتعة، فقال الوارث: لم يكن هذا في الدار يوم الإقرار، وعاكسه المقر له.

قال القاضي: صدق المقر له؛ لأنه أقر له بما فيها، ووجدنا المتاع فيها مشاهدة، فالظاهر وجوده فيها يوم الإقرار، وعلى الورثة البينة أنه نقل إليها بعد الإقرار.

قال الْبَغَوِي: وهو جامع في «فتاوى» القاضي، وعندي لا تسمع الدعوى على أنه كان في الدار؛ لأن كونه فيها غير مقصود، بل يدعي أن المقر أقر له بها، والقول قول الوارث بيمينه على نفي العلم بإقرار المورث، انتهى.

وما قدمته ينازع القاضي فيما ذكره، وسئل ابن الصلاح عمن أقر أن جميع ما يشمل هذه الدار من قماش وغيره ملك زوجته فلانة، ومات بعد مدة في الدار المذكورة، وهي سكنتها، وأقامت بينة بإقراره، فأنكر الوارث كون الأعيان الموجودة فيها عند الموت كانت موجودة عند إقراره، وأن الإقرار بها ولها، وبوجه عليها إقامة البينة على ذلك، فطلبت يمينه بأن تلك الأعيان لم تكن موجودة حينئذ، وأنها غير داخلة في الإقرار، فهل يحلف على نفي العلم أم البت، فأجاب يحلف أنه لا يعلم أن هذه الأعيان ولا شيئًا منها كانت موجودة في الدار المذكورة وقت الإقرار المذكور، وأنه لا يعمله، ولا شيئًا منه داخلًا فيما

....

أقر به لها، وما قام مقام هذا من الألفاظ، ولا ممتنع منه بيمينه، أنها لا تستحق مما في الدار سوى حصتها من الإرث، وهو الربع بما بينه، ثم قال: ثم هاهنا جهة أخرى بمنع ميراثًا يقع منه يمينه أنها لا تستحق من ذلك سوى حصتها بالإرث، وذلك لأن لها اليد في نصف الدار؛ لكونها سكنتهما، فأذن لها أن تحلف على استحقاق نصف هذه الأعيان نظرًا إلى اليد، وإن قطعنا النظر عن الإقرار، انتهى.

وفيما صدر به السؤال والجواب مع هذا قلق فتأمله.

السابعة: أقر بعض الورثة بدين على الميت، وأنكره غيره فالقديم، ونقله الْمَاوَرْدِي في الشهادات عن تخريج ابن سريج وغيره: أنه في حصة المقر فقط وهو الجديد.

قال: وهو مذهب الشَّافِعِي المنصوص عليه في جميع كتبه، أنه لا يلزمه إلا بقسطه من التركة.

قال: والأصح من إطلاق القولين عندي، أنه إن أقر قبل القسمة، وصى جميعه من التركة، وحسب من حصة المقر فقط، وإن أقر بعد القسمة لم يلزمه إلا حصته؛ لأنه معترف باستحقاق جميع الدين في جميع التركة، فصار قبل القسمة مقرًّا بجميعه، وبعد القسمة مقرًّا ببعضه، انتهى.

وقال العبادي: لو مات عن أعين، وترك ألفي دينار، فأقر أحدهما بألف دينار لزمه نصف الألف في نصيبه، وحكى القول الآخر عن تخريج الإستراباذي.

وقال الهروي في «الإشراف»: هكذا حكاه في جميع الأصحاب المسألة إلا أنه غير صحيح، وقد وقفني الله تعالى لإصابة الصواب في ذلك، فإن أصحابنا استدلوا بأن الإقرار بالدين دابر على خلافه الوارثة، وهي مشتركة بين الاثنين مناصفة محل المقر في نصيب المنكر محل الأجنبي، فلغى إقراره، وهذا غير صحيح؛ لأن الأجنبي لو أقر بدين يستغرق التركة صح إقراره على تعينه، حتى لو دفعت التركة في يده، ألزم حكم إقراره، وصرفت من يده إلى الدين، فإن قيل:

....

يتوصلون بهذا إلى تغليط جماعة الأصحاب فيما حكوه عن الشَّافِعِي.

قلنا: لا خلاف أن المقر يلزمه حكم إقراره، ويقال له: ادفع ما في يدك إلى الدين، وإنما القولان في ثبوت الدين على الميت، ففي قول: يثبت على الميت نصف الدين، وفي قول جميعه، وفائدته التقديم على الوصية، ففي قول: يقدم على الوصية جميع الدين، وفي قول: يقدم عليها نصف الدين، وأطال في تقدير ما ذكره.

الثامنة: أقر لابنه وكلاهما حر معين، ثم ادعى أنه عن هبة، وأراد الرجوع فوجهان، أحدهما وبه أفتى القضاة أبو الطيب، والماوردي، والهروي، ورجحه ابن الصلاح، وأفتى به أن له ذلك تنزيلًا للإقرار على أضعف الملكين، والثاني: المنع، قاله أبو الحسن العبادي، والقاضي الحسين؛ لأن الأصل بقاء ملك الابن.

قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يتوسط، فيقال: إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن رجع وإلا فلا.

ورجح ابن الرِّفْعَة قول العبادي، وقال: إن المصنف صحح الرجوع.

وقال: أن للأم والجدة في ذلك كالأب.

قال ابن الرِّفْعَة: إن كانت مسألة الأب مفروضة فيما إذا كان الابن غير رشيد، فلا يتجه إلحاق الأم والجدة به؛ لأنه قادر أن يملك ابنه من نفسه، فأمكن أن يرجع إليه فيما صدر منه، ولا لذلك الأم إذا لم يجعل لها ولاية، وإن كانت مفروطة مطلقًا، اتجه تسوية الأم والجدة به، انتهى. والماجد المذكور، وهو تنزيل الإقرار على الأقل يقتضي التسوية مطلقًا.

تنبيهات: وقع في «الروضة» نقل الوجه الثاني عن أبي عاصم، وصوابه ما ذكرنا، وهو أبو الحسين بن عاصم، وصية ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» إلى القاضي أبي الطيب، والماوردي، وهو سهو أيضًا، وإنما أتينا بالأول.

وقال القاضي الحسين في «التعليقة»: لو أقر بأن هذه العين ملك ابني،

....

وهي في يدي أمانة، ثم ادعى بعد ذلك أن المقر به كان له، وقد رجعت فيه وكذبه الولد، فالقول قول الولد.

وقال في «فتاويه»: أنه الظاهر، وهكذا صور ابن الرِّفْعَة المسألة، وحكى الوجهين السابقين فيها، وظاهر كلام الرَّافِعِي وغيره: أنه لا فرق في كونها في يد الأب أو الولد، ولا بين الولد الصغير والكبير.

والذي أقوله في ذلك مستعينًا بالله: أنه متى ظهرت قرينه دالة على صدق الأب بأن كان المقر به معروفًا، وأنه ملكه، أو كان الأب فقيرًا لا يعرف له مال من إرث ولا غيره، ومن الأمثلة أن يقدم غائب غيبة طويلة، فيبشر بابن ولد له قبل قدومه، فيقر له مقر علم أنه ملكها بإرث أو غيره، وغير هذا مما يشبهه أو يقاربه، فالوجه تصديق الأب، وإن دل ظاهر الحال على تصديق الابن، بأن كان بالغًا رشيدًا يعامل الأب وغيره، فالقول قوله، وإن لم تظهر قرينة دالة على صدق أحدهما، ولا ترجيح خاصة، فهذا موضع التردد والتوقف، وهذه المسألة تعم بها البلوى.

وعلى القاضي العالم المتقي أن يتفحص ويجتهد في ذلك؛ ليظهر له الحق منها، ولا يهجم على الحكم بتصديق أحدهما من غير بحث وتنقيب عن حقيقة ذلك، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الهبة كلامًا، فيما إذا جهز ابنته بشيء، ثم ادعى أنه له، ودام انتزاعه، وقد عمت البلوى بذلك، وفيه خيط يذكر هناك إن شاء الله تعالى.

التاسعة: من «روضة الحكام» لشريح الرُّويَانِي: أنه لو أقر أن فلانًا زرع هذه الأرض، أو بنى هذه الدار، وغرس هذا البستان، والجميع في يد المقر، فادعوا ذلك لأنفسهم، فقال: بل هو إلى عملتموه لي إعانة أو بإجارة صدق يمينه، قاله جدي.

وقيل: إن القول قول الزارع والبناء والغارس بيمينه، انتهى.

ولَم يقال إن كان بين ذكره ممن يعين، أو يعمل بأجرة صدق المقر، وإلا

....

فالمقر له بالعمل، ولا يخفى وجهه وفيه نظر، وأنه لو قال: أحدث من فلان ألف درهم وادعاه لنفسه، أي: وكذبه المأخوذ منه، فعليه ردَّه.

وقيل: لا يلزمه فقد يكون ماله في يده، وكذا لو قال: من صندوقه ومن كيسه، ولو قال: من كمه فعليه رده، أي: قطعًا لإقراره بأخذه من يده، ولو قال: أحدث كذا من قرية كذا، فوجهان رواهما جدي، أحدهما: يلزمه رده، وثانيهما: لا يلزمه، وذكره أبو ثور؛ لأنه قد يكون في قريته مال غيره.

وقال بعض أصحابنا: كل ما لا ينبت الأرض، ولا ينبت البر، كقوله: أحدث ثوبًا أو قطنًا من أرض، وهي مما لا تنبته، ونحو ذلك كالدراهم وغيرها، فلا يؤمن بالرد، وكل ما ينسب إلى تلك الأرض، وبتبينه فعليه رده إلى صاحبها كالأرز والحنطة، وأنه لو قال: أحدث سرحًا من دابة فلان أو حنطة كانت عليها، فقيل: يلزمه رد ذلك كله على صاحبها. وقيل: لا يلزمه الرد، فقد يكون استأجرها، حكاه أبو ثور، ولو ذكر أنه أخذ ثوبه من حمام فلان، فإن قلنا في المسألة قبلها يلزمه الرد، فهاهنا وجهان، حكاهما جدي وجه المنع: إن العادة جارية بدخول الناس الحمام، ووضع بيانهم فيه، ولو أقر أنه أخذ ثوبه من طريق فلان لا يلزمه رده عليه في أحد الوجهين.

قلت: وهذا إلى طريق مختصه به، كما لو قال: أحدثه من داره، وكذا ذكره في موضع آخر.

العاشرة: ذكر ابن سراقة العامري من أئمتنا: أنه لو كان لرجل عليه ألف درهم، وله على الرجل قيمة عبدًا أو ثوب أو عشرة دنانير، ويخاف لو أقر بألف جحده، وطريقه أن يقول له عليَّ ألف درهم إلا عبدًا، أو إلا ثوبًا، أو إلا عشرة دنانير، فإن الحاكم يسمع إقراره ويستفسره، فإن فسر بأقل من الألف حلفه أن جميع ما عليه ذلك، ولم يلزمه غيره، وتقوم الدنانير، وسقطها من الألف، وإن كان الغاصب استهلك العبد، فللمقر أن يسقط قيمته من الألف، ويبقى ما يبقى، ويحلف صادقًا، وكذلك الدنانير إن كانت حصلت في ذمة الذي له الألف، وسيأتي إن شاء الله تعالى في أول «الدعاوى» في مسائل

أَقَرَّ بِنَسَبٍ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ اُشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَنْ لَا يُكَذِّبَهُ الْحِسُّ وَلَا الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، ....

الظَّفَرِ ما ينازع، وهذا وبالله التوفيق.

قال: (**فَصْلٌ أَقَرَّ بِنَسَبٍ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ**) أي: بأن قال: من يصح استلحاقه هذا ابني (**اُشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَنْ لَا يُكَذِّبَهُ الْحِسُّ**) أي: بل يمكن ما تدعيه، فإن كان المستلحق بفتح الحاء ممسوحًا منه، أو مثله، أو دونه بقدر لا يمكن كونه منه لغى استلحاقه، وقد ذكر أنه قد يكون أكبر بزمن ذكر ذلك في اللعان، وفي حكم تكذيب الحسن أن يكون المستلحق بكسر الحاء ممسوحًا على الصحيح، كما سنبينه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ**)؛ لأن النسب الثابت لا ينتقل إلى الغير، وإن صدقه المستلحق.

قلت: ولو أقر غيره من هو من دنا لم يصح إقراره، وإن كان مملوكًا لم يعتق.

وقال أبو حنيفة: يعتق لأنه اعترف بحريته لنا أنه أقر بما يقطع بكذبه فيه، فلم يلحقه كذا، قاله في «الذخائر» وغيره، مجملها نقط الكتاب، ومن الشرط أيضًا أن يكون المستلحق منفيًّا بلعان الغير وإن صدقه، فإن كان لم يصح، ذكره في «الشرح الصغير»، وعزاه في «الكبير» إلى القفال، وأغفلته في «الروضة»؛ لسقوط من بعض الأصول، ونقلا في آخر اللعان عن «التتمة»، فلا مخالفة أن المنفي باللعان إن ولد على فراش صحيح، فاستلحقه غيره، لم يصح لبقاء حق الاستلحاق، وإن كان يلحقه نسبه بشبهة أو نكاح فاسد فاستلحقه غيره لحقه؛ لأنه لو نازعه فيه قبل النفي سبقت دعواه، انتهى.

وهذا أحسن من إطلاق القفال، ويجوز تنزيله على الأول.

فرع: لو قدمت امرأة بصبي من دار الحرب، فادعاه مسلم لحقه إن احتمل خروجه إليها، أو قدومها إليه، وإن لم ينقدح احتمال لم يلحقه، خلافًا للشيخ أبي حامد، واعتل بإمكان بعث مائة إليها، فاشتد صلبه فعلقت مائة.

ثم رأيت الدارمي قال: إذا قدمت امرأة من الروم ومعها ولد، فادعاه رجل

وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُ إنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ.

بأرض الإسلام، وأمكن كونه منه بالشرى لم يكن للولد أن يعرف، ولا مناع الحق به، وإن انكدرت الأم، ولم يكن يعرف الخروج إلى هناك، وكذلك من كل بلد على ما مضى، انتهى.

ويشبه ألا يختص الحكم بقدومها من دار الحرب، بل لو قدمت بثمانية من خُراسان كان الحكم كما سبق.

وعزى ابن الصباغ قول أبي حامد، والأصحاب، مطلقًا مفصل عليه.

قال: **(وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُ) أي: بفتح الحاء.**

(إنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ) أي: وهو التابع العاقل؛ لأن له حقًّا في نسبه، وهو أعرف به من غيره.

واعلم أن تصريحهما في كتبهما إلا ما شاء ذكره باعتبار تصديق الأهل، يقتضي أنه لا يكفي سكوته.

وقال ابن الرِّفْعَة: أنه هل يلحق بالتصديق فيه اختلاف نقل، فحكى الإمام عن العراقيين وابن الصبَّاغ: أنه لو سمع رجلًا يقول لآخر: هذا ابني وكان بالغًا فسكت، فله أن يشهد على النسب.

قال ابن الصباغ: وإنما أقاموا السكوت مقام النطق؛ لأن الأقدار على الأنساب الفاسدة لا يجوز، لكن كلام ابن الصباغ وسلم، أي: والمحاملي، والماوردي، والقاضي أبو الطيب، والدارمي وغيرهم، هنا يصرح باعتبار التصديق، وأن السكوت لا يكفي، فعلى هذا الشرط التصديق لإعدام التكذيب.

قلت: والمذكور في «الحاوي الصغير» هنا: أن المعتبر عدم التكذيب، ويوافقه قول الرَّافِعِي في الشهادات: أنه لو يسمع رجلًا يقول لآخر: هذا ابني، وصدقه الآخر.

قال كثير من الأصحاب: يجوز أن يشهد به على النسب، وكذا لو استلحق صبيًّا أو بالغًا وسكت؛ لأن السكوت في النسب كالإقرار، ألا يرى أنه لو بشر بولد فسكت عليه، لحقه بلا خلاف ما إذا أنكر المستلحق. قال: النسب لا

فَإِنْ كَانَ بَالِغًا فَكَذَّبَهُ لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَإِنِ اسْتَلْحَقَ صَغِيرًا ثَبَتَ، ....

يثبت حينئذ، انتهى.

والظاهر الذي اشتمل عليه كتب الطريقين هنا تصريحًا وتلويحًا اعتبار التصديق فاعلم .قال: (**فَإِنْ كَانَ بَالِغًا**) عاقلًا.

(**فَكَذَّبَهُ لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**) أي: كسائر الحقوق، وله تحليفه، فإن حلف فذاك، وأن محل حلف المستلحق وثبت نسبه؛ وكذلك الحكم لو انتسب إلى أب، فأنكر.

إشارة: كان ينبغي أن يقول: فإن لم يصدقه كما عبر في «الروضة».

ونبه عليه الرَّافِعِي؛ لأنه قد لا يكذبه ولا يصدقه، بل سلمت أو يقول: لا أعلم، وربما يأتي في الشهادات ما ينازع كما أشرنا إليه من قبل.

وقيل: إن كلام العراقيين يقتضي الاكتفاء بالسكوت كما أفهمه كلام الغزالي، وكان المراد بعض العراقيين، واشترط بعضهم النكرة.

فرع: تصادقا ثم رجعا، قال ابن أبي هريرة: يسقط النسب، وخالفه الشيخ أبو حامد، فقال: لا سقط كما لو ثبت الفراش، ولم يصحح الشيخان شيئًا، وصحح العمراني، وصاحب «الانتصار»، والفارقي قول أبي حامد، وهو الصحيح.

قال: (**وَإِنِ اسْتَلْحَقَ صَغِيرًا ثَبَتَ**) أي: نسبه إذا وجدت الشروط السابقة، خلا التصديق، وشرط ألا يكون نفيًا كما بيناه، وشرط ألا ينازعه فيه منازع، وشرط ألا يكون عبدًا صغيرًا للغير، ولا معتقًا له، فإن كان وكان طفلًا احتاج إلى بينة؛ حفظًا لحق السيد، وإن كان بالغًا وصدقه، فوجهان، كذا فصل الرَّافِعِي.

وفي «التتمة»: أن الحر إذا أقر بنسب عبد غيره أو عتقه، فإن قلنا: إقرار الرقيق بالنسب، قبلنا الإقرار بنسبه أيضًا، وإن لم يقبل إقرار الرقيق ولا العتيق لم يقبل إقرار الحر بنسبهما؛ لئلا يتضرر السيد، وقضية البناء ترجيح القبول، وهذا الأصح كما سيأتي إشارة استلحاقه من بلغ مجنونًا، كاستلحاقه الصغير، وتكذيبه بعد إفاقته كتكذيب الصغير بعد بلوغه، ولا أثر لتكذيب المراهق.

فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيِّتًا صَغِيرًا، وَكَذَا كَبِيرٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَرِثُهُ.

وأبدى ابن الرِّفْعَة احتمال وجهين من الوجهين، فيما لو ادعى رقه، فكذبه هل يعتبر تكذيبه، وسكوت المصنف عن صفات المستلحق، يعرفك أنه لا فرق بين المسلم والكافر، والرشيد والسفيه المحجور، والعبد والحر، وهو كذلك على الصحيح كما هو مبين في كتاب «اللقيط»، وإطلاقه الثبوت يعرفك أنه لا فرق بين كونه ذلك في صحة أو مرض موته، لا يتوقف على تصديق الورثة، وإنما يتوارثان وغير ذلك من الأحكام المبينة هناك.

قال: (**فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن النسب يحتاط له، فلا يندفع بعد ثبوته كالثاقب بالبينة.

قال في «الروضة»: فعلى هذا الوارث المقر به تحليفه.

قال ابن الصباغ: ينبغي ألا يمكن؛ لأنه لو رجع لم يقبل.

قلت: والذي رأيته في نسخ «الشامل» الجزم بأنه ليس له ذلك من غير لفظه ينبغي، وهو المذكور في «الذخائر» وغيره، والخلاف فالخلاف فيما إذا كان بيده صبي يسترقه، فبلغ وادعى أنه حر الأصل هل يقبل، لكن له تحليف مسترقه، صرح به في «البحر» هنا.

قال: (**وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيِّتًا صَغِيرًا**) أي: سواء كان له مال أو لم يكن حتى لو قبله، ثم استحلفه لحقه، وسقط القول ولو كان قد نفاه في الحالة، ثم استلحقه بعد موته لحقه، وورث ماله ودينه .

قال الرَّافِعِي: في اللعان، وقيل: لا يصح الاستلحاق، وهو منتقد، وإنما الخلاف في ثبوت إرثه منه لا في ثبوت نسبه كما بينه في «الغنية» هناك مع فوائد.

فرع: لا يكون استلحاق الصغير إقرارًا؛ لأنه الحرة بالروحية، خلافًا لأبي حنيفة لاحتمال كونه من وطء بشبهة.

قال: (**وَكَذَا كَبِيرٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَرِثُهُ**) أي: كالصغير، والمجنون البالغ كذلك كما سبق في الحي؛ ولأن التصديق إنما اعتبر عنه أهلية المصدق، ولا

وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اثْنَانِ بَالِغًا ثَبَتَ لِمَنْ صَدَّقَهُ وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي فِي اللَّقِيطِ إنْ شَاءَ الله تَعَالَى.

غيره بالتهمة لبناء أمر النسب على التغليب، هذا ما عليه الجمهور، وهو المذهب في «الشامل» وغيره، وبه جزم شيخه القاضي والمتولي، والثاني لا يصح؛ لفوات التصديق وهو شرط؛ ولأن التأخير إلى الموت يورث تهمة، وهو خوف تكذيبه في حياته، وهذا ما أورده القاضيان الحسين والماوردي.

وقال الشيخ أبو حامد: أنه المذهب، وهو الأصح في «التهذيب» و«الكافي»، وبه جزم الرُّويَانِي في «التجربة»، ويجري الخلاف فيما لو استحلفه من طرأ جنونه بعد بلوغه عاقلًا.

حكى الشَّاشِي والبغوي الخلاف قولين، فإن ورثه؛ لأن الإرث فرع على النسب، وهذه المسألة من زوائد «المنهاج على المحرر» في أصل كلامه.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو قال المجنون: هذا أبي لم يثبت نسبه حتى يعتق ويصدقه.

قال الرُّويَانِي: وما أدري ما الفرق بين الأب والابن؛ إلا أن يقال: الابن بعد الجنون يعود إلى ما كان عليه في صباه، ولا لذلك الأب.

قال: **(وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اثْنَانِ بَالِغًا ثَبَتَ لِمَنْ صَدَّقَهُ)**؛ لاجتماع الشرط فيه دون الآخر، وسواء صارت الأم فراشًا لهما أم لا، وإن لم يصدق أحد أعرض على الفائق، كما هو مبين هناك.

قال: **(وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي فِي اللَّقِيطِ إنْ شَاءَ الله تَعَالَى)**، وسيأتي الشرح عليه إن شاء الله تعالى.

فرع: قال الْفُورَانِي في اللعان من الحمل: لو أن ذميًّا نفي ولده، ثم أسلم، ثم بلغ الصبي، ثم أقر بعد بلوغه به، تبين أنه كان مسلمًا بإسلام الأب الملاعن، فيجز على الإسلام في أحد القولين، ولو أسلم الملاعن قبل البلوغ، ثم بلغ الطفل، ومات وقسم ماله بين ورثته الكفار، ثم أقر به، فإنه ينتزع ماله من ورثته الكفار، انتهى لفظه والله أعلم.

وَلَوْ قَالَ لِوَلَدِ أَمَتِهِ: هَذَا وَلَدِي ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِيلَادُ فِي الْأَظْهَرِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ وَلَدِي وَلَدْتُهُ فِي مِلْكِي، فَإِنْ قَالَ: عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ ....

قال: **(وَلَوْ قَالَ لِوَلَدِ أَمَتِهِ: هَذَا وَلَدِي ثَبَتَ نَسَبُهُ)** أي: عند اجتماع الشروط المتقدمة، وكونها خلية من زوج يمكن كونه منه كما سيأتي:

(وَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِيلَادُ فِي الْأَظْهَرِ) لأن الأصل الرق، ويجوز أنه وقع في نكاح ونحوه.

قيل: الملك والثاني يثبت؛ لأن الولد محكوم بحريته، والظاهر أنه أحبلها به في ملكه، فجهل الإقرار عليه، وصححه الشيخ أبو حامد، وجماعة. وللمسألة خروج على تقابل الأصل والظاهر، واعلم أن جماعة حكوا الخلاف وجهين.

قال الرَّافِعِي: ولقوة الخلاف أعرض الأكثرون، وعن الترجيح، انتهى.

ونسب القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والشاشي الأول إلى الأكثرين.

قال: **(وَكَذَا لَوْ قَالَ: وَلَدِي وَلَدْتُهُ فِي مِلْكِي)** لاحتمال أنه أحبلها قبل الملك بالنكاح، ثم ملكها بشراء أو غيره، فولدته في ملكه، فيجري الخلاف.

وقيل: تصير أم ولد قطعًا؛ لتصريحه بالولادة في ملكه، ولو رتبت هذه على التي قبلها لم تبعد، وقضية التوجيه أنه لو انتفى احتمال نكاح سابق على الملك، الحكم بالاستيلاد قطعًا كما لو كانت وثنية، وغير ذلك من وجوه الإحاطة بعدم نكاح سابق على الملك.

قال: **(فَإِنْ قَالَ: عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ)** قال الشيخان وانقطع الاحتمال.

قال الرَّافِعِي: وكانت أم ولد لا محالة، وعبارة شرحه «الصغير» بلا خلاف.

وقال في «الروضة»: قطعًا، وفي القطع نظر، إذ قد يكون في تلك الحال مرهونة، وهو معسر، فينبعث في الدين، ثم ملكها من بعد.

قال في ثبوت الاستيلاد: والحالة هذه خلاف مشهور، فلم يلتفت الاحتمال، وهذا كله إذا لم تكن متزوجة فلا فراشًا له كما سنذكره.

فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ لَحِقَهُ بِالْفِرَاشِ، مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ، وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ، وَاسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ.

وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ كَهَذَا أَخِي أَوْ عَمِّي، فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الْمُلْحَقِ بِهِ

قال: **(فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ)** أي: بأن أقر بوطئها.

(لَحِقَهُ بِالْفِرَاشِ، مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ) لا بالإقرار؛ للحديث الصحيح: «الولد للفراش»[1] فيعتبر فيه الإمكان فقط.

قال: **(وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ)** أي: عند إمكان كونه منه؛ لأن الفراش له، **(وَاسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ)** للحوقه بالزوج شرعًا منه لا فرق في الاستلحاق والاستيلاد بين كونه في الصحة أو المرض؛ لأن إنشاءه نافذ في الحالتين، ولا بين كونه عليه دين أو لا، ولا بين أن تصدقه الغرباء أو يكذبوه فيه.

قال: **(وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ)** أي: ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه، ورمز إليه بقوله: **(كَهَذَا أَخِي أَوْ عَمِّي، فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الْمُلْحَقِ بِهِ)** أي: على المذهب المشهور؛ لأن الورثة يحلفونه في حقوقه، والنسب منها.

وقال الْبُوَيْطِي: لا يجوز إقرار الأخ بأخيه عندي، واعتدوا على حديث

---

(١) حديث عائشة: أخرجه البخاري (٢/ ٧٢٤، رقم ١٩٤٨)، ومسلم (٢/ ١٠٨٠، رقم ١٤٥٧)، وأبو داود (٢/ ٢٨٢، رقم ٢٢٧٣)، والنسائي (٦/ ١٨٠، رقم ٣٤٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٤٦، رقم ٢٠٠٤).

حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري (٦/ ٢٤٩٩، رقم ٦٤٣٢)، ومسلم (٢/ ١٠٨١، رقم ١٤٥٨)، والترمذي (٣/ ٤٦٣، رقم ١١٥٧) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٦/ ١٨٠، رقم ٣٤٨٢)، وابن ماجه (١/ ٦٤٧، رقم ٢٠٠٦).

حديث عمر: أخرجه أحمد (١/ ٢٥، رقم ١٧٣)، وأبو يعلى (١/ ١٧٧، رقم ١٩٩).

حديث أبي أمامة: أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٤٧، رقم ٢٠٠٧).

حديث واثلة: أخرجه الطبراني (٢٢/ ٨٣ رقم ٢٠١)، وتمام (٢/ ٨٧، رقم ١٢٠٤)، وابن عساكر (٢٧/ ٣٢).

حديث ابن حذافة: أخرجه الحاكم (٣/ ٧٣١، رقم ٦٦٥١).

حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١١/ ١٨٣، رقم ١١٤٣٤).

بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيِّتًا، ....

ابن الرِّفْعَة بمعرفته ﷺ بفراشه بقيد ما أطلقه، هو فيما إذا كان الملحق به رجلًا لا امرأة؛ لأن اعترافها هي لا يقبل، فورثها أولى بالمنع.

قال ابن اللبَّان وغيره: وإقراره بأم لا يصح؛ لإنكار البينة على الولادة كما في استلحاق المرأة.

قال: **(بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ)** أي: في إلحاقه النسب بنفسه، وربما يذكره أيضًا.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيِّتًا)** أي: فإن كان حيًّا ولو مجنونًا فلا؛ لاستحالة ثبوت نسب الأصل مع وجوده بإقرار غيره، نعم لو مات لزم الملحق حكم إقراره السابق، كما لو اعترف بشيء لغيره، ثم صار إليه أحد بإقراره الماضي، قاله المتولي.

قال في «المهذب»: فلو كان الملحق به حيًّا، فلا بد من تصديقه، وطرد ذلك فيما إذا كان بينهما اثنان أو أكثر، فقال: لا يثبت إلا بتصديق بينهما، وهو مقتضى كلام «الحاوي».

وقال في «البيان»: قال بعض أصحابنا: يعتبر تصديق الأب والجد، والذي يقتضي المذهب ألا يعتبر تصديق الأب هاهنا، بل يكفي تصديق الأب؛ لأنه هو الأصل الذي يثبت النسب منه، ويولد به ابنه لم يؤثر تكذيبه، فلا معنى لاعتبار تصديقه، وأول في مشكلات «المهذب» كلامه.

وقال في «الانتصار»: فرض هذه المسألة غير صحيح، فإنه إن كان بين المقر والمقر به وارثًا، فالمقر غير وارث، فلا يعتبر إقراره وإن كان غير وارث، لم يعتبر تصديقه، ذلك أن تقول: قد يعتبر تصديق غير الوارث؛ لأن في إثبات النسب بدون تصديقه إلحاقًا به، وهو أصل للمقر، ويبعد إثبات نسب الأصل بقول الفرع، بخلاف إلحاقه نسب بنفسه، فإن فيه إلحاقًا بأصوله وفروعه، ولكنه بطريق الفرعية عن إلحاقه بنفسه، ولا تبعد ببعد الفروع للأصل، إذا عرفت هذا علمت أن مورث الملحق الأصل، كالأب إذا كان المقر به أخًا، وكالجد إذا كان المقر به عما لا بد منه، وإذا كان حيًّا، فلا بدَّ

وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَكُونَ نَفَاهُ فِي الْأَصَحِّ، ....

من تصديقه قطعًا، فأما المتوسط كالأب فيما إذا كان المقر به عما ملك، أن ثبت فيه بمقتضى كلام «البيان» وجهين أصحهما على مقتضى كلامه: أنه لا يشترط موته، ولا يعتبر تصديقه في حياته.

والثاني وهو المذكور في «الحاوي» و«المهذب»: أنه يشترط موته، ويعتبر تصديقه مثاله إذا كان المقر به عما مسلمًا، والمقر مسلم، والجد مسلم، والأب كافر، فللمقر وارث، ولكن أبوه حي، فيكون فيه وجهان أصحهما: صحة إقراره للابن؛ لأنه الوارث، وهكذا إذا أقر ابن هذا بأخ مسلم بابن مسلم للميت، وعلى هذا القياس، فإن الإقرار بالابن، كالإقرار بالأخ، وحينئذ فقول المصنف: الملحق به ميتًا، فيحتمل أن يريد به الملحق به الأصل، وهو الجد إذا كان المقر به عما، ويحمل أن يريد كلًّا من الجد والأب، فإن كلًّا منهما يلحق به، والأولى حمل كلامه على المعنى الأول، أنه لا يصح على ما اقتضاه كلام صاحب «البيان»، وهو يقتضي غيره أيضًا في أن المعتبر الأولى، هكذا حقق ذلك بعض الأشياخ- رَحِمَهُ اللهُ -تعالى.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَكُونَ نَفَاهُ**) أي: بلعان أو اشتراء أمة إذ ادعى عليه ثبوته، فأنكر وحلف ولم يحلف بل يجوز استلحاقه.

(**فِي الْأَصَحِّ**) بما لو استلحقه المورث بعد ما نفاه، بلعان أو غيره وهذا ما أورده معظم العراقيين.

قال: العمراني في مشكلات المهذب، وهو قول أكثر أصحابنا، والثاني يشترط؛ لأنه نسب سبق الحكم بإبطاله ففي إلحاقه به إلحاق عار بنسبه، فلا يلحقه فيه من إلحاق الضرر به، وهذا ما أورده القاضي الحسين والماوردي، وأصحاب المهذب والتهذيب والكافي والتتمة والانتصار، قال في البحر: وهو الصحيح عندي، قال ابن الصلاح في الفتاوى وهو الصحيح الذي يوجبه التحقيق، وبه قطع صاحب المهذب والتهذيب، وهما اللذان انتهى إليهما الاعتماد، هذا في العراقيين، وذلك في الخراسانيين، انتهى.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُقِرِّ وَارِثًا حَائِزًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُسْتَلْحَقَ لَا يَرِثُ ....

قال: **(وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُقِرِّ وَارِثًا حَائِزًا)** أخرج بالوارث الأجنبي، والقريب والمحجوب، والكافر والرقيق.

وفي «الحاوي» وغيره: نقل الإجماع على أن النسب لا يثبت بقول بعض الورثة، وأخرج بالجائز ما سنذكره من بعد، فإن لم يكن جائزًا.

(وَالْأَصَحُّ) أي: المنصوص.

(أَنَّ الْمُسْتَلْحَقَ لَا يَرِثُ)؛ لأن الإرث فرع النسب ولم يثبت، وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع، والثاني وبه قال الأئمة الثلاثة، نعم وهو من تخريج صاحب «التعريب».

وأيده الإمام وغيره بمسائل كثيرة ثبت فيها الفرع فقط على وفاق وخلاف، منها إقرار أحد الأبناء، فإنه يحرم عليه نكاحها، ومنها أقر أنه باع عبده من زيد، وأنه أعتقه، أو باع العبد من نفسه وأنكره عتق، ومنها لو اعترف بدين على زيد وضمنه، فأنكر زيد الدين، طولب الضامن على الأصح، ولو قال تنزيل في عقار لثالث: بعتك نصيبي، فأنكر ثبتت الشفعة في الأصح، ولو قال: أجد أمين عند التركة إبراء بيننا، وكذبه الآخر هل يحكم بعتقه وجهان.

قال الإمام: ومن لم يعترف بإشكال هذه المسألة، فليس من التحقيق في شيء.

قال ابن الرِّفْعَة: والاستدلال الصحيح المغني عن التكلف إلحاق المسألة، وبما لو استلحق مشهور النسب من غيره، فإنه لا يأخذ شيئًا مع وجود الاعتراف.

تنبيهات: منها ما ذكرناه عن لفظ المنهاج، فإن لم يكن جائزًا، فالأصح أن المستلحق لا يرث هو المعتمد في النسخ، وفي كتب منها بعد قوله: أولًا جائزًا، والأصح أن المستلحق لا يرث، وهذه نسخة المصنف بخطه، وكان الأول من اصطلاح تلميذه ابن جعوان، كما فعله في مواضع من كتبه يعهد النسخ إليه، وإلا فإطلاق القول بأن المستلحق لا يرث باطل قطعًا، وفي نسخ بعد قوله: جائزًا فلو أقر أحد الاثنين دون الآخر، فالأصح إلى آخره وهو

....

الصحيح، والأول أصوب إذ الحكم لا يختص بالاثنين بل يعم كل من لم يكن جائزًا كائنًا من كان، وهذا إصلاح ناقص، ومنها لو ترك بنتًا جائزة بلونها معتقة أو أختًا أو زوجة، كذلك ثبت النسب بإقرارهما، وهي أشباهها داخلة في كلام المصنف، وإن لم تكن جائزة ووافقها الإمام، فوجهان جاريان فيمن لا وارث له يلحق الإمام به مجهولًا.

قال في أصل كلام «الروضة»: أصحهما وبه قطع العراقيين الثبوت بموافقته، ولم يصرح الرَّافِعِي بترجيح، واختار الْمَاوَرْدِي المنع، وقال: إن الآخر غلط، وتابعه في البحر على المنع؛ لأن الإمام وكيل المسلمين، وجزم في «التجربة» بخلافه، وذكر الإمام والغزالي في الفروع المنشورة في آخر «النهاية» و«البسيط» عن الشيخ أبي علي: أن الصحيح عدم الثبوت؛ لأن الإمام ليس بوارث، وإنما هو نائب في الاستيفاء من جهة الإسلام، فإقراره كإقرار قيم الطفل الوارث، وسكتا عليه وهو القياس، والأصح ومقتضى إطلاق الكتاب وغيره.

قال الرَّافِعِي: وهذا الكلام فيما إذا ذكر الإمام ذلك إلا على وجه الحكم، أما إذا ذكره على وجه الحكم، فإن قلنا: يقضي بعلمه ثبت النسب، وإلا فلا.

قلت: وعبارة «التتمة»: أن اعتراف الإمام بمجرده مبني على القضاء بعلمه من غير تفصيل.

وعبارة الدارمي: وإن أقر السلطان والميراث للفقراء بنسب ثلاث وورث؛ لأن ذلك كالحكم منه لا بقوله: إلا عن علم أو بينة، وقيل: لا يرث، انتهى.

وعلى ترجيح «الروضة»: ينبغي أن يقيد بما إذا كان المثبت مسلمًا، أو قلنا أنه ينتقل إرثًا، بقي ما لو ترك بنتًا وقلنا بالرد؛ لفساد بيت المال، فاستلحقت أخًا، فهل يكون استلحاق الابن الجائر مثلًا أم لا، لم أر فيه نقلًا، والأقرب نعم.

ومنها قال الشَّافِعِي في آخر الإقرار والمواهب من «الأم»: لو مات عن ابنين، وأقر أحدهما بأخ، وشهد على ابنه أنه أقر أنه ابنه لم يثبت نسبه، ولم يكن من الميراث شيء؛ لأن إقراره جمع أمرين أحدهما له، والآخر عليه،

وَلَا يُشَارِكُ الْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ، وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنْ الْوَرَثَةِ لَا يَنْفَرِدُ بِالْإِقْرَارِ.
وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلَّا الْمُقِرُّ ثَبَتَ النَّسَبُ.

فلما بطل الذي له بطل الذي عليه، ألا ترى أن رجلًا لو قال لرجل: عليك مائة دينار، فقال: بعتني بها دارك هذه، فهي لك عليَّ، فأنكر الرجل البيع، أو قال: بعنيها أبوك وأنت وارثه، فهي لك عليَّ ولي الدار، كان إقراره باطلًا إنما يثبت على نفسه مائة، يأخذ بها عوضًا، فلما بطل عنه العوض بطل عنه الإقرار، وما قلت من هذا قول المدينين الأول، انتهى.

قال: **(وَلَا يُشَارِكُ، الْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ)** أي: في الحكم الظاهر تفريعًا على الأصح المنصوص، فإن قلنا: إنه يرث، شاركه فيها، ولا حق له ولا يشارك غير المقر قطعًا، وهل يشارك المقر في الباطن إن كان صادقًا، فيعم على الصحيح، وهل يشاركه المقر به بنصف ما في يده أم سلمته، وجهان أصحهما الثاني، وفي وجه ثالث أنه يلزمه دفع ثلث ما في يده، ويضمن له سدس ما في يد أخيه، إلا أن يكون قاسمه بحكم حاكم، فلا ضمان.

إشارة: قال صاحب «التعجيز» في شرحه: القول ثبوت الإرث باطنًا، قول ثبوت النسب باطنًا؛ لأن مسنده مشاهدة الولاية، صرح به الإمام والمتولي، وهذا يرد قول الإمام الرَّافِعِي - رَحِمَهُ اللهُ - أنه لا خلاف أن النسب لا يثبت، انتهى.

قال: **(وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنْ الْوَرَثَةِ لَا يَنْفَرِدُ بِالْإِقْرَارِ)**؛ لأنه غير جائز، والثاني ينفرد، ويثبت النسب في الحال احتياطيًا له، فعلى الأول ينظر بلوغ الطفل، وإفاقة المجنون، فإن شاهدا ووافقا ثبت النسب حينئذٍ، وإن ماتا قبل ذلك، ولم يرثهما غير المقر به من حصة المقر إلى أن يبلغ الصبي، أو يعقل المجنون فيه وجهان.

قال: **(وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ)** أي: بثالث.

(وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلَّا الْمُقِرُّ ثَبَتَ النَّسَبُ)؛ لأنه صار جائزًا، أو وجه المنع أن إقرار الفرع يسبقه إنكار الأصل، والخلاف جاز سواء عاد الإقرار بعد موت الآخر أم لا.

وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٍ بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقِرِّ لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ، وَيَثْبُتُ أَيْضًا نَسَبُ الْمَجْهُولِ، ....

قال القاضي الحسين: والخلاف يلتفت على ما سبق في إقراره ممن نفاه مورثه، وبناه المتولي على الخلاف الأصولي فيما إذا اختلف أهل العصر في مسألة، ثم مات المخالفون هل تصير المسألة إجماعية أم لا، ويجري الخلاف فيما لو خلف المنكر وارثًا، وإن أقر أحدهما، وسألت الآخر، ثم مات الساكت وابنه مقر، ثبت النسب قطعًا إذا لم يسبقه تكذيب أصله، وأجرى المتولي الخلاف فيما لو أقر أحد الاثنين بدين وكذبه الآخر، ثم مات وورثه المقر، وقلنا: لا يلزمه إلا نصف الدين في حياة المنكر، فهل يلزمه قضاء جميعه أم لا وفيه نظر، والوجه اللزوم.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٍ**) أي: مشهور النسب، لا ولاء عليه لما استغرقه.

(**بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقِرِّ**) بأن قال: أنا ابن الميت، ولست أنت ابنه.

(**لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ**) لثبوته وشهرته، والثاني يحتاج المقر إلى بينة نسبه؛ لاستحقاقه من الميراث؛ لأن المجهول منكر نسبه، واستحقاقه من الميراث، ورد بأنا لو أحوجناه إلى بينة لسقط المجهول؛ لأن نسبه يثبت بإقراره، وإذا أخرجناه من الوراثة لم يصح إقراره، وإذا بطل إقراره بطل نسب المجهول.

قال: (**وَيَثْبُتُ أَيْضًا نَسَبُ الْمَجْهُولِ**) لحملنا بأنه وارث جائز، ووجه المنع إن المقر ليس بوارث بزعمه، واختاره القفال، والحاصل فيهما ثلاثة أوجه، أحدهما: يثبت نسب المجهول والمعروف، ويشتركان في الميراث، والثاني: لا يثبت نسب المجهول ولا إرثه لما سبق، والثالث: أن المقر يحتاج إلى بينة، وزيفوه.

ورأيت في نسخة بـ«البحر»: أنه المشهور، وأن القفال قال: أنه غلط، وليس إلا وجهان أحدهما: يرثان، وهما إخوان، والثاني: ما ذكرناه، إذ لا

وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ الْمُسْتَلْحَقُ كَأَخٍ أَقَرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ثَبَتَ النَّسَبُ وَلَا إِرْثَ.

فرق بين أن يكذبه، وبين أن يقول لست ممن يصح إقراره بالنسب، انتهى.

ولو أقر بأخوة مجهول، ثم أنهما أقرا بنسب ثالث، وأنكر الثالث نسب الثاني سقط نسب الثاني على الأصح؛ لأنه ثبت نسب الثالث، فاعتبرت موافقته لثبوت نسب الثاني، ولو أقر بأخوة مجهولين، فتصادقا عليه ثبت نسبهما، وإن كذب كل منهما الآخر، فالأصح ثبوت نسبهما أيضًا لوجود الإقرار من الجائز، هكذا أورداه في «البحر» الجزم، فإنه لا يثبت نسب واحد منهما.

وقال القفال: إذا صدقناه، ولكن كذب أحدهما الآخر، فوجهان: أحدهما ما ذكرناه، والثاني ثبت نسب الكل، انتهى.

وما ذكره من أنهما إذا تكاذبا انتفيا، هو المعمول في «الحاوي» و«البيان» و«الانتصار» و«الذخائر» و«الإرشاد»، والظاهر أنه طريقة العراقيين خلافًا للقفال، فاعلم وإن صدق أحدهما الآخر ولد به الآخر، ثبت نسب المصدق دون المكذب، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين، فإن كانا بالغين يكذب أحدهما الآخر، وإذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسبهما.

قال: (**وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ الْمُسْتَلْحَقُ كَأَخٍ أَقَرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ثَبَتَ النَّسَبُ**) أي: لإقرار الوارث الجائز به.

(**وَلَا إِرْثَ**) أي: للدون؛ لأنه لو ورث يحجب الأخ، ولو حجبه خرج عن أهلية الإقرار، وإذا بطل فلا نسب ولا إرث، والثاني: لا يثبتان إذ لو ثبت النسب ثبت الإرث، ولزم هذا المحدود، والثالث: أبداه ابن سريج إجمالًا يثبتان، واختاره فرقة منهم صاحبا «الشامل» و«التقريب».

قال القاضي أبو الطيب: خطأ، وهو خلاف الإجماع.

قال في «الشامل»: بل هو الصحيح، وأطال في تفسيره، وسكت عليه الشَّاشِي في «الحلية»، والمذهب المشهور الأول، فلو ادعى مجهول على أخ الميت بأنه ابن الميت، فأنكر الأخ، ونكل عن يمينه، فحلف المدعي بعهد الرد ثبت نسبه، ثم إن قلنا: إن النكول ويمين الرد كالبينة، ورث وحجب

....

الأخ، وإن قلنا: كالإقرار، ففيه الخلاف السابق.

خاتمة

نسأل الله حُسن الخاتمة... آمين.

قال الهروي: لو أقر أن هذا وارث فلان لا يقبل، ولو قال: هذا وارثي قبل.

قال: وهذه مسألة حسنة غريبة، لا يعرفها الفقهاء الشاذون إلا من يقعد في الفقه، هذا لفظه في «إشرافه»، وفي «فتاوى» القفال: أنه لو قال: فلان غصبني، ووارثي إذا مت من غير عقب لم يكن هذا نسبًا، إلا أن المقر به إن كان معروف النسب، فلا فائدة في إقراره هذا، وإن كان مجهول النسب، فلا يصح أيضًا ما لم يقر؛ لأنه فريد يريد بقوله: إنه غصبني؛ لأنه أخوه وارث ابنه، وإن كان عمًّا، فيكون هو جميع وارث جده، وإن كان ابن عمه يجب أن يكوم هو جميع وارث عمه؛ ليصح منه الإقرار بالنسب على طريق إطلاقه عنه، ثم الميراث مبني عليه عندنا، وأنه لو قالت امرأة فلان: إن عمي وهو وليي في النكاح، ووارثي إذا مت، ثم ماتت، فجاء يطلب ميراثها.

قال القفال: لا يكون له ميراثها، ولم يصح ذلك التزويج؛ لأنها بذلك الإقرار ألحقت نسبًا بجدها، وهي ليست بوارثة جميع مال الجد، فلم يصح التزويج ولا يرثها، وأنه لو أقر أن يعتق فلان، والمقر معروف النسب، ويعرف له أم حرة الأصل، لغا إقراره كقول معروف النسب: أنا ابن فلان، وإن كان المقر مجهول ولم يعرف له أم حرة الأصل، فإن كان له أب يعرف بهما، إذا أقر بأن ولائي لفلان على معنى أنه أعتقني قبل، وثبت الولاء كمجهول النسب، ففي نسب لغيره، انتهى.

وقال الدارمي: إذا أقر بولائه لزيد وادعاه زيد، ولم يكن عنده قبل، وكذلك إن ادعاه يصدقه، قبل إذا لم يعرف عليه، ولا لأحد غيره، انتهى.

وقال في «البينة»: وإن أقر من عليه ولا أخ أو أب لم يقبل، يعني: لما فيه من الإقرار بالنسب، هذا هو الأظهر، وبه جزم القاضي أبو الطيب، وغيره في

....

باب دعوى الأعاجم. وفيه قول: أنه يقبل، فالحر إذا كان لزعم فأقر بأخ، وليس في كلام المصنف السابق يعرض لهذا القيد، وهو مما يذهل عنه.

ونقل الشيخان عن «فتاوى» القفال: أنه لو أقر على ابنه بالولاء، فقال: هو معتق فلان، ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقًا، وهو كذلك فيما شرط ألا يكون الأب معروف النسب، ولا يعرف له أم حرة الأصل، فإن كان فإقراره لغو، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

قال الشارح: هي مشددة الياء، وروي بتخفيفها، وجمعها عواري بتخفيف الياء وتشديدها، وفيها لغة ثالثة عارة.

وقال الأزهري: هي مشتقة من عار الرجل إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف عيار.

وقال ابن السيد: مشتقة من التعاور وهو السكوت.

وقال الجوهري: كأنها من العار؛ لأن طلبها عار وعيب. وهذا مردودٌ.

وحقيقتها شرعًا: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه لترد.

وقال الْمَاوَرْدِي: هي هبة المنافع فقط، وبني عليها ردها برد المستعر، فإن قلنا: هبة ارتدت وإباحة فلا، والأصل فيما من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ٧].

قال ابن عباس، وابن مسعود كما قاله في «البحر» والجمهور كما قاله غيره: أنه العارية، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المائدة: ٢] وهي منه.

وقوله: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍۭ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۚ﴾ [النساء: ١١٤] وهي من المعروف.

ومن السنة أحاديث منها: «العارية مؤداة»[1] حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان.

وفي حديث: «استعار من صفوان أدرعًا يوم حنين، فقال: أغصبًا يا

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٧، رقم ٢٢٣٤٨) وعبد الرزاق (٨/ ١٨١، رقم ١٤٧٩٦) وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٣/ ٥٦٥، رقم ١٢٦٥)، والبيهقي (٦/ ٨٨، رقم ١١٢٥٤)، والدارقطني (٣/ ٤٠) وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦، رقم ٢٠٥٦٢)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١٠، رقم ٥٧٨١)، وابن الجارود (ص ٢٥٥، رقم ١٠٢٣)، والقضاعي (١/ ٦٤، رقم ٥٠) وابن حبان (١١/ ٤٩١، رقم ٥٠٩٤)، والطبراني في الكبير (٨/ ١٤٣، رقم ٧٦٣٧).

....

محمد، فقال: بل عارية مضمونة»[١] رواه أبو داود، والنسائي وغيرهما.

وفي الصحيحين: «أنه استعار فرسًا من أبي طلحة»[٢].

والآثار باقية عليها، والإجماع منعقدٌ على استحبابها، وكانت في أول الإسلام واجبة، كما قاله في «البحر» وغيره للآية الأولى.

ولحديث أبي هريرة يرفعه: «ما من صاحب إبل ولا بقر لم يؤد حقها، إلا نطح يوم القيامة بقاع قرقر تطؤه بإطلاقها، وتبطحه بقرونها، كلما بعدت أخراها عادت أولاها، قيل: يا رسول الله، وما حقها؟، قال: إعارة دلوها، وإطراق فحلها، ومنحة لبنها»[٣] كذا أورده في «البحر»، ورواه أحمد، ومسلم من حديث جابر.

«قلنا: يا رسول الله، وما حقها؟ إطراق فحلها، وإعارة دلوها، ومنحتها، وحلبها على الماء، ويحمل عليها في سبيل الله» هذا لفظ المستعار.

وأما بعد ذلك، فهي معدومة بالاتفاق، إلا ما استثنى، وأعرب صاحب «التعجيز»، فقال في أول الزكاة من شرحه: إشارة لاحق في المال بعد الزكاة إلا الماعون، وهي عارية والدلو ونحوها، ووافق الجمهور هنا، وأجاب عن الآية بأن الماعون الزكاة، قاله علي وابن عمر رضي الله عنهم وسبق في الصلح الخلاف في وجوب إعارة الجدار لوضع الجذوع.

وأفتى الدميري بوجوب إعارة كتاب الحديث إذا كتب صاحبه اسم من سمعه فيه، ومثله ما إذا كتب بإذنه ليكتب نسخه السماع، ووافقه القاضيان خفض ابن عيان الحنفي، وإسماعيل المالكي، وحكاه وخولفوا فيه، والظاهر من حيث الفقه، ولم أره نصًّا وجوب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة، لا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٤)، والنسائي (٥٧٤٦)

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٢٧) ومسلم (٦١٤٧).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٣٢١ رقم ١٤٤٨٢)، ومسلم (٢/ ٦٨٥، رقم ٩٨٨)، والنسائي (٥/ ٢٧، رقم ٢٤٥٤)، والدارمي (١/ ٤٦٢، رقم ١٦١٦)، وابن الجارود (ص ٩٢، رقم ٣٣٥)، وابن حبان (٨/ ٤٧، رقم ٣٢٥٥).

قال المصنف: [شَرْطُ الْمُعِيرِ صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ ....

أجرة لمثله، كما لو خشي الهلاك من العطش على نفسه أو حيوان محترم ومع غيره، ووجد بئرًا ودلوًا، ورشاء يكتفي منه بدلو مثلًا، وكذا إعارة الخيل لإنجاء غريق يعلق به، أو ذبح حيوان محترم يخشى موته، ولا سكين معه، وقد حكم المصنف بأن الأصح وجوب الدفع عن الحيوان الغير ومتاعه، والإعارة الحقيقية أولى بالجواب، وقس بهذا ما في معناه إن سلمته.

قال: (**شَرْطُ الْمُعِيرِ صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ**) أي: بأن يكون مطلق التصرف، فلا يصح إعارة الصبي والمجنون والسفيه؛ لأنها إباحة للمنافع، فصحت من مطلق التصرف دون غيره، لكن سبق أن المحجور عليه بالسفه له التبرع ببعض منافعه، وكذا المحجور بالفلس والتبرع بمنافع نفسه، وشبَّه أن له إعارة مسكنه ما لم بيع حيث لا ينقص، وقد لا يسمى التبرع بمنافع نفسه عارية، أو يقال: المراد صحة تبرعه في ذلك الشيء، وقد يقتضي إطلاقه أنه لا يصح إعارة المكاتب، وإن أذن سيده، وسيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

تنبيه: لم يذكر شرط المستعير وهو من الأركان.

وقال في «الروضة»: يشترط كونه أهلًا للتبرع عليه بعقد شمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل، فلا تصح الإعارة للصبي كما لا يوهب له، انتهى.

وهذا هو المفهوم من قولهم: أنه لا بُدَّ من إيجاب وقبول كغيرها من العقود.

وأطلق الغزالي في كتبه: أنه لا يعتبر إلا كونه أهلًا للتبرع عليه، وتابعه صاحب «الجواهر».

قال الرَّافِعِي: وكأنه أراد التبرع بعقد ليشمل إلى آخر كلام «الروضة».

وفهم صاحب «التعجيز» الإطلاق، فقال: ومستعير متبرع عليه، فلا يعتبر المريض من وارثه، وخارجه وتعار من صبي ومجنون؛ لأنهما أهل التبرع عليهما.

قال: وعندي أنه إعارة بإيجاب وقبول لم يصح، قلت: هذا ظاهر.

وإطلاق الغزالي إما أن يحمل على أنه لو أعطاهما شيئًا بقصد الإعارة جاز، ولا ضمان عليهما، أو على صحة الإعارة لهما بواسطة الولي، ولعله أقرب وقد

وَمِلْكُهُ الْمَنْفَعَةَ فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ لَا مُسْتَعِيرٌ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

يفهم كلام «الروضة» صحتها من السفيه المحجور، ويؤيد قول الْمَاوَرْدِي من صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية؛ لأنها نوع هبة، انتهى.

وهذا إن صح كانت هذه عارية غير مضمونة.

وقال في «الوديعة»: أنه لو أعار من سفيه شيئًا، فأتلفه هل يضمنه على وجهين كالصبي.

وعبارة «التعجيز في شرح الوجيز»: والمستعير يشترط فيه أن يكون محجورًا عليه، فلا تصح الاستعارة من العبد كما لا تصح منه الإعارة، انتهى.

وعن المحاملي: أنه صرح بأنه لا تصح الإعارة من السفيه، وعد صاحب «الخصال» من متقدمينا من شروط العارية: أن يكون من جائز الأمر إلى جائز الأمر، ونحوه في «الذخائر» وهو قضيه كلام «الحاوي» في باب الحجر.

وفي «روضة» شُرَيْح: ولو أعار من مراهق فتلف، لم يضمن في أظهر المذهبين يعني الوجهين، ولو أعار من سفيه محجور عليه فلا ضمان، ولم يرد على ذلك.

قال: **(وَمِلْكُهُ الْمَنْفَعَةَ)** أي: وإن لم يملك الرقبة؛ لأن الإعارة ترد على المنفعة.

(فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ)؛ لأنه مالك للمنفعة وله أجرة للعوض عنها.

(لَا مُسْتَعِيرٌ عَلَى الصَّحِيحِ)؛ لأنه لا يملك المنفعة؛ ولهذا إلا يؤجر على المعروف في المذهب الثاني يعتبر كالمستأجر له أن يؤجر وديعة، ولعل منشأ الخلاف ما ذكر في حقيقتها، ويعبر بعضهم عنه أنه ملك المنفعة أو الانتفاع.

وعن ابن الحسن الكرجي -بالجيم- صاحب كتاب «الذرائع إلى معرفة الشرائع»، ومن أجلة المتأخرين: أنه فوض الخلاف في الكراهة ولعله أراد كراهة التحريم، ولم الأثقال إن علم رضاها مالك المنفعة جاز، وإلا فلا، وأعرب الشيخ أبو الحسين الديبلي، فقال: في «أدب القضاء»: قال الشَّافِعِي: من استعار دارًا فله أن يؤاجرها، ومن أصحابنا من قال: ليس له ذلك، وما

....

ذكره الشَّافِعِي أولى وقرره، وهذا النص شاذ كما فهمه، نعم لنا وجه شاذ أنه لو استعار ليؤجل جاز.

تنبيهات: قوله: وملكه المنفعة يقتضي أنه لا يصح إعارة الصوفي والفقيه، سألهما بالرباط والمدينة، وكل أحد من في معناهما؛ لأنهم يملكون الانتفاع لا المنفعة، أطلقا هنا أن الموصي له بالمنفعة عبدًا، أو سكني دار ونحوها، أن يعيرهما. وقالا في «الوصايا»: إن استغرقت الوصية مدة بقاء العين، أو قرب المدة كان مليكًا، أي: للمنفعة، وإن أوصى بالمنافع حياته، فأباحه لا تمليك فلا يؤجل وفي حوار الإعارة له وجهان، وإن أوصى بأن يسكن هذه الدار، وخدمة هذا العبد فأباحه أيضًا، قضية إطلاق المصنف؛ لأنّ للموقوف عليه أن يعير، وصرح بذلك في كتاب «الوقف»، وهذا ليس على إطلاقه بل يحمل على من له الاشتغال باستيفاء المنفعة كيف شاء، أما لو وقف دارًا ليسكنها مع الصبيان بالقرية، فليس له أن يسكنها غيره، ولو وقفها على أن يشتغل، ويصرف عليها إلى زيد بعين الاشتغال جزمًا، ولو كان الوقف مطلقًا، فقال المستحق: اسكن الدار، وقال الناظر: اكريها لأصرف غلتها في مرمتها فله أن يكري، وفيه يجب، ذكرته في «الغنية» هناك.

قال في «الأم»: ولو وقف دارًا على معينين، وشرط أن يسكنوها ولا يؤجروها، فالمذهب الظاهر الذي قطع به معظم الأئمة: أنه ليس لهم أن يتعدوا موجب شرطه كالمدرسة والرباط، انتهى.

أو رد على قوله: وملكه المنفعة أن للإمام إعارة عقار بيت المال، وغيره من الأعيان، وما إذا نذر هديًا أو أضحية، قال: له إعارتهما خرجا به هناك، مع أنه قد خرج عن ملكه بالنذر، وإعارة ولده الشيء الخفيف، ولمن يتعلم منه كما سأذكره.

إشارة: يجب ألا يجوز لمالك المنفعة فقط الإعارة إلا ممن لا يجوز إيداع بملك العين عنده، ووجهه ظاهر ولم أره نصًّا.

فرع: قال في زوائد «الروضة» هنا قال: صاحب «العدة»: ليس للأب أن

وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ.

يعير ولده الصغير لمن يخدمه؛ لأن ذلك هبة لمنافعه، فأشبه إعارة ماله، وما قاله ينبغي أن يحمل على خدمة مقابل أجرة، أما ما كان محقرًا لا يقابل بأجرة، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف أنه لا يمنع منه، إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب «الحجر» نحو هذا والله أعلم، انتهى.

ولم أرد ذكر هناك شيئًا، ولا نقل عنده في المسألة، وفي «البحر»: تجوز إعارة الأحرار والعبيد، ويجوز للرجل أن يعير ولده الصغير؛ ليخدم من يتعلم منه، انتهى.

وأما إعارة الحرِ البالغ، فيتصور في صور منها أن يعير الأب السفيه لمن يتعلم منه كالصغير، أو يستأجر عبدًا ثم يعتقه المؤجر، فللمستأجر إعارته، أو يعتقه وارث الموصي بالمنفعة أبدًا، فيعيره الموصي له، أو يعير الإنسان نفسه لغيره، إلا أن يمنع أن ذلك إعارة.

فرع: في «الحاوي» و«البحر»: لو أعار المستعير بإذن المعير، فإن لم يسم الثاني له هو على عاريته، وهو المعير من الثاني، وضمانها باق عليه، وله الرجوع فيها متى شاء، ويبرأ الثاني بردها إليه، وإن سماه المعير يرى المستعير الأول من ضمانها، ولا يبرأ الثاني بردها إلى المستعير الأول، انتهى. وأجوز أن هذا التفصيل من تفصيلها السابق في التوكيل.

قال: **(وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ)** أي: كما إذا استعار دابة ليزكيها، فله أن يزكيها في حاجته؛ لأن المنفعة تحصل له.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا إذا ركبها زوجته أو خادمه، وفيه نظر.

وعبارة «الروضة»: وله أن يستوفي المنفعة بوكيله، ومقتضاها أنه لا يركب غيره متبرعًا؛ لأنه أعاره، وسيأتي كلام القفال في ذلك.

وفي «البيان»: لو استعار دابَّة لتركبها امرأته زينب، فهل له أن يركبها عمر إذا كانت مثلها، أو دونها وجهان، انتهى.

ويظهر أن زينب لو كانت بنت المعير ونحوها، وعمر ضربها، أنه لا يجوز له

وَالْمُسْتَعَارِ كَوْنُهُ مُنْتَفَعًا بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ.

إركاب عمر مطلقًا ؛ لأن الظاهر أن المعير لا يسمح بذلك لضربها ، واعلم أن ما ذكره المصنف صرَّح به الْمَاوَرْدِي والروياني ، وصاحب «المهذب» وغيرهم.

قال ابن الرِّفْعَة : في كلام الإمام والقاضي- يعني الحسين- فيما إذا أعار أرضًا للزرع ما يتنازع فيه.

قلت : والظاهر أنه أشار إلى قول الإمام ، فإن نقل ، قلتم : ليس للمستعير أن يعير في ظاهر المذهب ، وإن كان انتفاع عبده بمثابة انتفاعه بها ، أي : وقلتم هنا : له أن يزرع ما صوره ، قلنا : لا سواء ، فإن اليد إذا لم تتبدل ، وليس غير الزرع من حق المعير ، وإنما حقه الذي أباحه مقدار من منفعة الأرض ، فلا فرق بين أن يستوفيها بالزرع المذكورة ، أو بما لم يزد ضرره عليه ، وأما إذا أعار فقد أزال يد نفسه ، ولإزالة اليد وقع في النفوس لا ينكر ، انتهى.

وعلى ما قاله الْمَاوَرْدِي ومتابعوه : ينبغي ألا يشملها إلا إلى ثقة لا كل وكيل ، اللهم إلا أن يكون يد الموكل عليها لا تغيب عنه ، وأن يكون محله إذا أشبهه عن ارتكاب عمر ، أو كل الحال على أنه لا يسمح بركوب غيره.

وأطلق القفال في «الفتاوى» : أنه لو استعار دابة ليركبها ، فأركب من هو مثل حاله ، ونقله لا يكون متعديًا.

قال جامع الفتاوى من أصحابه : وهذا مشكل كما لو قدم إليه طعامًا لا يطعم غيره ، فإن الإعارة إباحة المنافع عندنا ، ولم يجعل الشيخ ، يعني : القفال ، إن كان من هو في مثل حاله إذا كانت الدابة في يده ، ولم يسلمها إلى الراكب بعد ، وإن استعار دابة لنقل شيء فسلمها إلى زوجته أو عبده ، ينتقل لا يكون متعديًا ؛ لأن يدهما يده ، انتهى.

وهذا من القفال ، أما أنه يرى أن المستعير يعير أو أنه يركب وكيله في شغله بشرط ألا يغيب عنه ، لا كما أطلقه المصنف وغيره.

قال : **(وَالْمُسْتَعَارِ)** أي : ومن شرط المستعار.

(كَوْنُهُ مُنْتَفَعًا بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) أي : وكون المنفعة مباحة ، ولها رفع ،

وَتَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ، ....

ويقصد غالبًا، فإنه حكم بأنه لا يصح إعارة الدراهم والدنانير على الأصح، وأجراهما الإمام في الحبوب، قالا: ثم السابق إلى الفهم من كلام الأصحاب: أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدراهم، فأما إذا صرح بالإعارة للمدينين، فينبغي أن يقطع بالصحة، وبه صرح المتولي، انتهى.

وعبارة «البيان»: وهل يصح إعارة الدراهم والدنانير فيحمل بها الدكان، وجهان بناء على جواز إجارتها لذلك، وفي إعارة ذوات الأمثال كالطعام والدُّهن، وما أشبه ذلك لغير إتلافها وجهان، وهي تنازع ما ذكره، ويفهم جريان الخلاف مع التصريح بغرض للدين.

وقال في «البحر»: يجوز إعارة كل ما يجوز إجارته، وما لا فلا، إلا الفحل للنزو، وكذا الدراهم والدنانير، وإن كان في جواز إجارتها وجهان؛ لأن حكم العارية أوسع بدليل أنه يستعير ما يرهنه، ولا يجوز أن يستأجر ما يرهنه، ويجوز إعادة الكلب للصيد وجهًا واحدًا، وإن كان في إجازته وجهًا، ويجوز إجارة النخل لربط السفن إليها، وإن كان في إجارتها وجهان، وهذه طريقة الْمَاوَرْدِي، وهي أصح.

وأجرى الغزالي الخلاف في إعارة الأشجار؛ لتحقيق البيات عليها، وربط السفن بها، ووقع الخلاف، وكلام الرَّافِعِي الوقوف على طلبها، ولك أن تقول: إن كان مستحقًّا لمنفعة الأرض، فهي عارية للأرض، وإلا فمجرد الاستظلال لا يحتاج إلى إذن لظل الجدار، فلا تكون عارية؛ لأنها إذن في الانتفاع، لولا الإذن لامتنع.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي»: إن استعار الطين والحب لبناء المسجد، فلا يجوز أن حكم العارية جواز استردادها والشيء إذا صار مسجدًا لا يجوز استرداده بخلاف المظلة والجدار الخارج عن المسجد لوقاية المسجد.

قال: (**وَتَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ**) أي: بنسب أو مهر أو رضاع، وكذا يجوز إعارتها للسيد، فإن كانت مستأجِرة أو موصى بمنفعتها،

....

وكذا من زوجها ليلًا ونهارًا فيما لا يلزمها فعله.

قال ابن الرِّفْعَة: وهي في هذه الحالة تكون مضمونة عليه، وتوفي بقية الليل إلى أن يسلمها إلى سيدها أو نائبه.

قلت: وفي جواز إعارة الأمة الكافرة لا حيثية منها؛ لخدمتها التي لا تنفك عن رؤيتها لها معها نظر، وكذا لو كانت الأمة مسلمة فاسقة بفجور أو سحاق أو قيادة لما سيأتي في أحكام الوطء إن شاء الله تعالى، وقد بينته في «الغنية» هناك.

إشارة: افهم كلامه أنه لا يجوز إعارتها لأجنبي مطلقًا، وحكى الرَّافِعِي في القبيحة والصغيرة التي لا تُشتهى وجهين، صحح المصنف من زياداته الجواز، قال: وبه قطع جماعة وفيه نظر، وعبارة «الشرح الصغير» معهم أن المذهب المنع، فإنه أطلق القول بالتحريم، ثم قال: وفيما إذا كانت صغيرة أو قبيحة وجه، وخصَّ الْبَغَوِي فيما رأيته الوجهين بالصغيرة وهو الأحسن، وكذلك قال في «الكافي»، والأصح أنه لا يجوز إعارة العجوز والقبيحة، وينبغي أن يكون محل الوجه فيما حيث تنفك الإعارة بالخلوة بها، فإن يصبها، فالوجه الجزم بالتحريم، واعلم أن الجزم بتحريم إعارة المشتهاة، هذا أحد الوجهين.

وثانيهما: أنه مكروه، وهو ظاهر كلام «التنبيه» وكلام المحاملي والجرجاني وغيرهم، وصرح به في «البحر» كما سأذكره، ومال إليه ابن الرِّفْعَة؛ لأن الإعارة لا يلزم منها الخلوة المحرمة، وجزما في «النهاية» و«البسيط» بعدم التحريم إذا استخدمها من غير خلوة، قال في «المطلب»: وهو الحق، انتهى.

ولا شك أنه لو كان له أطفال ببلد آخر أو محلة أخرى أو زوجات فاستعار أمةً لخدمتهم أنه لا يجوز، وعبارة «البحر»: يجوز استعارة الجواري لتخدمه في الجملة، وهل يكره إن كان المستعير امرأةً أو محرمًا لها؟ لم يكره، وإن لم يكن محرمًا لها، فإن كانت موسومةً بالجمال يكره أن يخلو بها في الاستخدام خوفًا من غلبة الشهوة، وإن كانت مما لا تشتهى لكبرها، وحسنها لم يكره؛ لأنه يؤمن عليها.

وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ.

ومن أصحابنا من قال: إذا كانت شابةً يخاف منه عليها لا تجوز الإعارة منه، ويحرم، وهذه الكراهة كراهة تحريم، وقيل: يكره مطلقًا من غير فرق بين الشابة والكبيرة لئلا يخلو الرجل بالمرأة فيدخل الشيطان بينهما، انتهى.

والظاهر أن قوله: وهذه الكراهة من كلامه يفسر به ما صدر من كلامه من الكراهة، وحينئذٍ لا يكون الأمر كما نقلناه عنه أو لا تبعًا لابن الرِّفْعَة، ونقله الرَّافِعِي عن الْغَزَالِي، ثم قال: ويشبه أن يقال بالفساد كالإجارة للمنفعة المحرمة، وبه يشعر إطلاق الجمهور، نفي الجواز.

وقال في «شرحه للصغير»: إذا حرمت الإعارة، فالأشبه فسادها كالإجارة للمنفعة المحرمة، وحكم في «الوسيط» بالصحة.

فرع: الخنثى المعار هنا كالأنثى فلا يخلو المستعير الأجنبي بها رجلًا كان أو امرأةً، قاله السلمي في كتابه في الخنثى، ولا تعار منه أمة غير محرمة له، وذكر المصنف في «شرح مسلم»: أنه كالمرأة، وهو غريب ضعيف.

قال: (**وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ**) أي: لحرمة الإسلام وصيانة له عن خدمة الكافر.

قال في «الروضة»: وصرح الجرجاني وآخرون بأنها حرام، وصاحب «المهذب» وآخرون بأنها لا تجوز، وظاهره التحريم، ولكن الأصح الجواز.

وقال في أوائل البيوع: يجوز إعارة عبد مسلم لكافرٍ قطعًا.

وقال هناك في «شرح المهذب»: إنه المذهب، وزيف وجه التحريم، واعتل بأنهم ذكروا أن الأصح جواز إجارة عينه، فالإعارة أولى؛ لأنها عقد جائز فيرجع فيها متى شاء.

قلت: وفيما قاله نظر، ولم ينقل ابن الرِّفْعَة القول بالكراهة إلا عن الْغَزَالِي، والأصح أو الصحيح المختار أن إعارته إياه للخدمة أو للهبة حرام، وهو المذكور في «البيان».

قال: لأنه لا يجوز استخدامه، واعتلاله بالإجارة عجب، فإنا وإن

....

صححنا إجارة عينه من الكافر فقد قال قبيل هذا الكلام بسطرين أو ثلاثة: إن الأصح أنه يؤمر بإزالة ملكه من المنافع، وبه قطع الشيخ أبو حامد، ولم يحك في «الروضة» سواه وقضية ذلك عدم تمكينه من استخدامه بالعارية، ويلزم منه الحكم بفسادها، وفي أحكام المهاداة من «الحاوي» أن أصحابنا أخرجوا إجارته منه على القولين في بيعه منه.

قال: والصحيح عندي أنه يعتبر حال الإجارة، فإن عقدت على عمل يعمله الأجير في يدٍ بنفسه منفردًا به كخياطة أو نساجة صحت الإجارة، وإن عقدت على تصرف في يد المستأجر عن أمره كالخدمة لم يجز، وهذا حسن بالغ، فيقال مثله هاهنا إن كان يعد عدم دخوله في هذه إعارة وما قدمناه في الإعارة للخدمة، وجمع ابن الرِّفْعَة بين الكلامين السابقين فحمل التبرئة على الإعارة لغير الخدمة، والتحريم على الإعارة للخدمة، ولهذا علل في «المهذب» وغيره بأنه لا يجوز أن يخدمه، والتحريم في الصغير أظهر للحوق الصفة، والوجه أنه إذا خشي عليه أو على الكبير أن يفتن المنع مطلقًا ولا سيما قريب عهد بالإسلام.

فروع: يحرم إعارة الصيد للمحرم، والخيل والسلاح للحربي، والمصحف وكتب الحديث ونحوهما من الكافر كالبيع منه، والأظهر تحريم إعارة الخيل والسلاح لقاطع الطريق والباغي إذا علم أنه يستعيره لذلك، وكذا آنية الذهب والفضة من كل أحد، وكل ما لا يحل اقتناؤه، والوجه تحريم إعارة الغلام الجميل لخدمة من عُرف بالفجور بالغلمان، وكذا الجارية الحسناء ممن عُرفت بسحاق أو قيادة، ويكره استعارة أحد أصوله للخدمة، وغير الإمام ينفي الحل والمكره أو المحرم بغير استخدامه، فلو استعاره بم رضيه فقد برَّه.

قال الْمُتَوَلِّي: تعين المستعار عند الإعارة ليس بشرط، فلو قال: أعرني دابةً، فقال: خذ من الإسطبل ما أردت جاز.

وفي «التعجيز شرح الوجيز» لصاحبه: لو قال: اركب أحد الدواب صح؛ لأنه يعير للدابة بحضوره فلا غرر، هكذا قال.

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظٍ كَأَعَرْتُكَ أَوْ أَعِرْنِي، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ الْآخَرِ.

قال: (**وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظٍ كَأَعَرْتُكَ أَوْ أَعِرْنِي، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ الْآخَرِ**) على ما صححه، قاله الْبَغَوِي وغيره.

وقال الْغَزَالِي: يشترط اللفظ من جانب المعير، ويكفي من المستعير ما يدل على القبول، إما قول أو فعل، قال ابن الرِّفْعَة: الخلاف مبني على أن العارية هبة للمنافع فبشرط لفظ المعير أو إباحتها فلا؛ لأنه لا يشترط فيها لفظ على الأصح.

قال: وكلام الْمَاوَرْدِي يشعر باعتبار الإيجاب والقبول لفظًا أمر رد العارية ثم أراد قبولها، فإن غلبنا الهبة لم يلزمه، أو الإباحة كان له على الأصح قلته تفقهًا، انتهى.

وقضية البناء عدم الاحتياج إلى لفظ، ولهذا قال الْمُتَوَلِّي: لا يعين اللفظ في واحد من الطريقين حتى لو أراه عاريًا فأعطاه قميصًا فلبسه تمت العارية، وكذلك لو فرش لضيفه فراشًا أو بساطًا أو مصلى أو ألقى له وسادةً فجلس عليها كان ذلك عارية، وإذا هلك ضمنه، وكون الفراش في دار المالك لا يمنع ثبوت يده عليه حتى لو نازعه في الفراش.

قال: القول قول النائم فيه بيمينه، وكذا لو أسكنه بيتًا في داره، وفرش له فيه البسط والحصر، وما جرت به العادة كان البيت وكل ما انتفع به من الفراش والبسط والحصر عارية؛ لأن يده ثابتة على الجميع، أما لو جلس على البسط المفروشة في الدار لا يجعل مستعيرًا سواء كان المالك جالسًا معه على البسط أو لم يكن؛ لأن المالك ما قصد بذلك أن ينتفع به شخص مخصوص، وفي العارية لا بُدَّ أن يكون المستعير متعينًا.

واعترض ابن الرِّفْعَة عليه بأمور ضعيفة منها: قوله: إن الفراش في يد مالكه بدليل أنهما لو تنازعا فيه كان القول قول صاحب الدار، وهذا عجيب منه فإن الْمُتَوَلِّي صرح بخلافه، ولم يقف ابن الرِّفْعَة على كلامه؛ بل اقتصر على ما نقله الرَّافِعِي مختصرًا، قيل: على وجه البحث، والأولى أن يقال: متى انفرد المنتفع باليد فهو إعارة سواء بمجرد لفظه أو فعله وقرينة تدل عليه، ومتى لم ينفرد باليد بل كان بحضرة المالك فيتبع اللفظ، فإن جرى لفظ إعارة فهو إعارة

....

وإلا كان إباحة محضة، وتكون الإباحة أعم من الإعارة فكل إعارة إباحة ولا ينعكس، وهذا أحسن.

إشارة: أو رد على اشتراط اللفظ استعمال أطراف الهدية على ما فيه من التفصيل، وما إذا باعه شيئًا وسلمه إليه في طرق فتلف في يده فالأصح في كتاب «الإجارة» من الشرح أنه يضمنه ضمان العارية.

قال: صح إيرادهما، ورد ما في حكمهما، ولا خفاء في جواز إعارة الأخرس المفهوم الإشارة واستعارته بها أو بكتابته والظاهر جوازها بالمكاتبة من الناطق كالبيع وأولى بالمراسلة.

فرع: قال في «الروضة»: لو أركب من إعياء فتلفت الدابة، فالمذهب أنه يضمن، وإن التمس المركب ذلك، ومال الإمام إلى عدم تضمنه، وأقامه الْغَزَالِي إلى وجهٍ، وصححه، والصواب الأول ولو أردفه معه فعليه نصف الضمان خلافًا للإمام، ولو أركبه على حمل نفيس إحرازًا له لم يضمن، ولو قال لرفيقه: ضع متاعي على دابتك؛ فأجابه فمستعير، ولو قال رب الدابة: أعطني متاعك لأضعه على الدابة فمستودع لا معير، انتهى.

وفي تصويبه نظر؛ لأنه قصد الصدقة فالحظ له كما لو قصد إحرازًا لحمل وأولى ولأن ذلك لا يعد إعارةً عرفًا، كما لو أجلسه معه أو بمفرده على فراشه وإذا ضمن الرديف ففي تضمينه نصف القيمة نظر، وقد حكوا خلافًا فيما لو أردف خلف المالك عصا فهلكت بنقلها هل يضمن نصف القيمة أو يوزع على دوابهما فيلزمه القسط؟ ورجحه من نقل متاع بنفسه وحماره ففعل فعطب الحمار في الطريق لم يضمنه؛ لأنه بيد مالكه، وهذا ينازع في صورة ضع متاعي على دابتك.

قال القاضي: ولو استعار نقله وحماره وكلاهما عارية مصونة ولو استعار لصاحب الحمار فأمان عبده من نفسه بغير أمر المستعير فمات الحمار في الطريق فلا ضمان؛ لأن العبد والحمار بيد مالكهما.

وَلَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفَهُ أَوْ لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفَهُ أَوْ لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ**) أي: حيث تجب الأجرة في الإجارة الفاسدة بالقبض ومضي زمن لمثله أجرة لجهالة الولف والمدة والتعليف في الثانية؛ وكذلك الحكم لو أعاره داره ليطين سطحها أو ليثلجها وما أشبه ذلك، وقيل: أن ما جرى إعارة فاسدة نظر إلى اللفظ.

قال في «المطلب»: وهو الأصح فعليه لا أجرة، قال: وفيه بعد لأنه لم يبذل المنفعة مجانًا، قال: وما ذكره الرَّافِعِي في علف الدابة كلام القاضي يعني: الحسين- مخالفة؛ لأنه قال: إذا استعار دابّةً فعلى المستعير علفها وسترها بما يقيها من الحر والبرد وسقيها، وإذ استعار عبدًا فعليه طعامه وشرابه وحفظه عما يوجب الحد عليه، وحثه على الصلاة ولا يصير في حكم الإجارة بهذه المؤنات، انتهى.

يعني وإذا كان ذلك على المستعير، فلا يكون اشتراطه عليه معتبرًا حكم العقد، وقيل: وهذا الاعتراض يوجب تفسد كلام الرَّافِعِي بعلف لا يكون على المستعير، فإن العلف الذي يوجبه عليه إنما هو الواقع في مدة كونها في يده بحكم العرف وإحلاله محل المالك فيدفع عن الحيوان ما يؤذيه وليس على سبيل العوض حتى لو ردها إلى المالك لم يلزمه من ذلك شيء، وزاد الرَّافِعِي ما يكون عليه ردَّ أو لم يرد، كما لو قال: أعرتُكَها اليوم لتعلفها هذه الليلة أو علف زائد على ما يوجبه لبقاء الحيوان، انتهى.

وهذا يكلف، والظاهر أن الرَّافِعِي يرى أن نفقة المعار على مالكه وهو القياس، وإن جرى العرف بخلافه ولهذا لم يذكر أن على المستعير مؤنة الرد.

وقال الْمَاوَرْدِي: علف المستعار والمستأجر على المالك دون المستعير والمستأجر.

وفي «البيان» قال: الصيمري نفقة الحيوان المستعار مدة العارية على المعير، فإن أذن المعير في الإنفاق عليه رجع عليه بما أنفق، وإن لم يأذن له

فصل

وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، فَإِنْ تَلِفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ ضَمِنَهَا، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ، ....

فيه رفع الأمر إلى الحاكم لينفق عليه من مال المعير إن كان له مال أو يبيع جزءًا من الحيوان المعار أو تفرض عليه من خير المستعير أو منه كما قلنا في الوديعة، انتهى.

وعليه تسليم ما ذكره القاضي يجوز أن يقال إنما لزمه ذلك إتباعًا للعُرف ومساهلةً لا عوضًا مقصودًا، فإذا شرطه المالك صار عوضًا مقصودًا مجهولًا، فجاء الفساد فقرب منه بعتك الدابة وحملها ويجوز ذلك.

فصل

قال: (**وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ**) للحديث المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيه»[1] رووه في السنن الأربعة وحسنه الترمذي، وقال الحاكم: على شرط البخاري، ومن جهة المعنى أنا لو كلَّفناها المعير لرغب الناس عن الإعارة، وهذا يرشح ما سبق عن القاضي الحسين وهو المختار وإن كان القياس غيره.

إشارة: يستثنى من إطلاق المصنف ما لو استعار من مستأجر ثم ردها على المؤجر، قال: مؤنة الرد على المؤجر، كما لو رد عليه.

قلت: وينبغي أن يكون هذا حيث تكون مؤنة الرد عنده فهي من عند المستأجر، أما لو أجره شيئًا لينتفع به في منزله وهو أجر المؤجر فإعارة لا حق في طرق البلد ففيه نظر فتأمله.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ ضَمِنَهَا، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ**)، وإن لم يفرط

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٨، رقم ٢٠٠٩٨)، والدارمي (٢/ ٣٤٢، رقم ٢٥٩٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٦٦، رقم ١٢٦٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١، رقم ٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢، رقم ٢٤٠٠)، والطبراني (٧/ ٢٠٨، رقم ٦٨٦٢)، والحاكم (٢/ ٥٥، رقم ٢٣٠٢) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري. والبيهقي (٦/ ٩٠، رقم ١١٢٦٢). وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦، رقم ٢٠٥٦٣)، وابن الجارود (ص ٢٥٦، رقم ١٠٢٤)، والروياني (٢/ ٤١، رقم ٧٨٤).

....

للحديث السابق أول الباب، هذا هو المذهب المعروف، وفي قول لا يضمن إلا بالتعدي.

قال الربيع: بعذرٍ رأيته وآخر قوله الضمان، قال الْمَاوَرْدِي والروياني ليس كما توهم الربيع قول الشَّافِعِي أنها غير مضمونة إلا بالتعدي على أحد أوجه سقوط ضمان الآخر أو حكاية عن غيره.

تتمات وفروع:

منها: لو أعار بشرط كونها أمانةً لغا الشرط وكانت مضمونةً، ورأيت في ودائع ابن سُرَيْج أنه لو شرط المعير له ذلك فاستهلكت مزيده، فلا ضمان عليه والمشهور الأول.

ومنها: لو أعاره بشرط ضمانه عند التلف بقدر معين قال الْمُتَوَلِّي: وسد الشرط دون العارية وفيه وقفة.

ومنها: لو استعار فقيه كتابًا موقوفًا على الملمس وشرط واقفه ألا يعار إلا برهن تحرر قيمته فسرق من حرره اقتضت بأنه لا ضمان؛ لأنه مستحق تلف في يده بلا تفريط وإن سمي عاريةً عُرفًا وهذا واضح.

ومنها: سبق في صحة استعارة السفيه كلام، فإن صح ففي تضمينه نظر وإلا فلا ضمان والمالك محق وأطلق شُرَيْح أنه لا ضمان.

ومنها: سبق في «البحر» إعارة الجسد وذكرنا له أمثلة ولا شك أنه لا يضمن بالتلف عند المستعير.

ومنها: لو استعار صيدًا من محرم لم يضمنه على الأصح.

ومنها: لو أعار الإمام شيئًا من بيت المال لمسلم فتلف في يده أو أتلف بلا تقصير منه وكان ممن له حق في ذلك ففي تضمينه نظر وعلى التضمين إن قيل به، ففي ضمانه لكل القيمة نظر!

فروع: لو ولدت العارية عنده فهو أمانة على الأصح، ولاستعمالها حرمًا، وفي فتاوى الْبَغَوِي أنه لو استعار حمارة معها الجحش فهلك لم يضمنه؛ لأنه

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ، وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقَ،

لا يأخذه للانتفاع بل لتعذر حفظه دون أمه، فإن أمكن الانتفاع بها إذا لم يكن معها ضمنه، وأنه لو استعار ثوبًا فدفع إليه معه حليًا فقال: لا أريده فدفعه إليه فضاع، أي: بلا تقصير نظر إن أخذه للاستعمال ضمنه وإلا فلا، وإنه لو استعار عبدًا لم يكن ثيابه مضمونة على الصحيح بخلاف إكاف الدابة؛ لأنه أخذه مستعملًا له ولو أخذه سوقًا فهلك إن أدخلنا ثيابه في بيعه ضمنها وإلا فلا على الأصح كالمستعار.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ)** أي: يتلف كله كاملًا الثوب يلبسه.

(أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ) أي: وهو نقصان الأجزاء مع بقاء العين لذهاب حمل المشقة مثلًا.

(وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقَ) أي: فقط وهذا الوجه ليس في «المحرر» إذا علمت هذا فيما سبق هو فيما إذا تلف العارية لا باستعمال إلا ما استثنى، فإن تلفت به بلا تعدٍّ ففي انمحاق الثوب ونحوه بالكسر وجهان أصحها لا ضمان كالأجزاء.

والثاني: يضمنه أو حق العارية الرد، فإذا تعذر ضمن، وماذا يضمن؟ وجهان: أحدهما: للمعير بجميع أجزائها وأصحهما يضمنه في آخر حالات التقويم، وإذا انتهى الثوب إليها فليس له استعماله، قاله الْبَغَوِي.

وأما الأجزاء إذا تلفت بالمأذون فيه؛ فالصحيح أنه لا ضمان، ونقل الْمَاوَرْدِي اتفاق العلماء عليه؛ لأنه مأذون فيه، وعلى هذا لو أعاره سيفًا ليقاتل به فانكسر في الضرب لا ضمان، قاله في «البحر».

والثاني: يضمن الممحق؛ لأن العارية مؤداه فإذا تلف بعضها، فإن رده فضمنه.

قال في «البحر»: ذكره ابن سُرَيْج وهو غلط لما ذكرناه، وأشار إلى طريقين أصحهما القطع بعدم الضمان، نعم ما تلف من الأجزاء إلا باستعمال مضمون على الأصح كالعين، والثاني: لا كما لو تلف بالاستعمال.

وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لَا يَضْمَنُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعْثُهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيُرَوِّضَهَا، فَلَا ضَمَانَ، وَلَهُ الِانْتِفَاعُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ، فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْهَهُ،

قال: (**وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ**) أي: ونحن كالموحى له بالمنفعة والوقوف عليه حسب لهما الإعارة كاملةً وهو المستأجر وهي ثابتةً.

قال: (**لَا يَضْمَنُ فِي الْأَصَحِّ**) والثاني: يضمن كالمستعير من المالك وزيفوه.

إشارة: ذكر صورة «الروضة» نقلًا، والوقف إلحاقًا، وأطلق الشيخ أن المستعير من المستأجر لا يضمن، وفي فتاوى الْبَغَوِي أنه لو استأجر إجارة فاسدة ثم أعار فتلف يد المستعير ضمن المستأجر لفعله ما لم يكن له.

قال: والضرر على المستعير.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعْثُهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيُرَوِّضَهَا**) أي: يدللها ويعلمها المشي والإقدام وعدم النقار.

(**فَلَا ضَمَانَ**)، حيث لا تفريط؛ لأنه لم يأخذها لغرض نفسه وكذا لو أركب إنسانًا فوق متاعه ليحرره.

فرع: لو أخذ بالعارية رهنًا أو ضمينًا لم يصح، فإن شرطه فيها بطلت، وإن أخذها ضمنها، وفي ضمان المنفعة وجهان جاريان في كل عارية بطلب شرط يبطلها.

قال: (**وَلَهُ الِانْتِفَاعُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ**) أي: من غير زيادة؛ لأنه وضع العواري.

(**فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا**) أي: في الصور؛ لأن رضاه رضي بمثلها، وله زرع الشعير من طريق الأولى، لا يجوز زرع أجزاء منها كالقطن والذرة قطعًا، وعن «الْبُوَيْطِي» أنه ليس للمستأجر زرع عين المعير فيجيء هاهنا.

قال: (**إِنْ لَمْ يَنْهَهُ**) أي: نهاه لم يجز له زرع غيرها.

قال الإمام: على ظاهر المذهب فأشعر بخلاف فيه، وعبارة «البسيط»: فالظاهر أنه لا يجب اتباع إذنه.

أَوْ لِشَعِيرٍ لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ، وَلَوْ أَطْلَقَ الزِّرَاعَةَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ فَلَهُ الزَّرْعُ وَلَا عَكْسَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا الْعَكْسُ.

قال: (**أَوْ لِشَعِيرٍ لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ**) فوقه كحنطة؛ لأن ما فوقه ضررًا.

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَ الزِّرَاعَةَ**) أي: أطلق الإذن فيها، كأعرتك الزراعة.

(**صَحَّ فِي الْأَصَحِّ وَيَزْرَعُ**) أي: للإطلاق، والثاني: لا يصح لتفاوت الضرر.

قال الرَّافِعِي: ولو قتل يصح، ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضررًا لكان مذهبًا.

قلت: ويقوى إذا كان هو غالب ما يزرع هناك، وعلى الأول ينبغي أن يقال: (**وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ**) مما اعتبر زرعه هناك جهلًا للإطلاق على الرضا بذلك، أما لو أراد أن يزرع ما ضرره دائم من ضرر كل ما يزرع هناك، كقصب السكر مثلًا، لم يجز إلا بإذن صريح، ويعضده ما سيأتي في إعارة الأرض مطلقًا وصححناها، نعم لو قال له: ازرع ما شئت، ففي بيعه مما لا يزرع هناك في العادة نظر.

قال: (**وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ فَلَهُ الزَّرْعُ**) أي: لأنه أجف، وقيل: لا يجوز الزرع إذا استعار للبناء؛ لأنه ينجي الأرض بخلاف البناء وحكى فيهما.

قلت: وكان العرض فيما إذا كانت تصلح للأنواع الثلاثة أو العُرف جارٍ به في مثلها، أما لو كانت لا تصلح إلا لأحدهما أو لم يجز العرف بغير ما أذن فيه فينبغي ألا يتعداه.

قال: (**وَلَا عَكْسَ**) أي: إذا استعار للزرع فليس له البناء والغراس قطعًا لكثرة ضررهما.

قال: (**وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا الْعَكْسُ**) أي: لا يبني مستعير لغراس لاختلاف الضرر إذ: ضرر البناء في الظاهر وضرر الغراس في الباطن لانتشار العروق.

والثاني: يجوز لأن كل منهما للتأبيد، وخص الْمَاوَرْدِي الخلاف بالصورة الثانية، وجزم بأنه استعار للبناء له أن يغرس وهو غريب، نعم ما يغرس للشتل والنقل في عامة كما سبق في بيع الأصول تظهر الجافة لزرع؛ لأنه لا يراد للدوام.

وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ مُطْلَقَةً، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ الْمَنْفَعَةِ.

وفي «الخلاصة» فمن استعار للبناء والغراس الذي لا ينقل المسألة.

ثم رأيت النسختين نقلًا عن الشيخ أبي محمد، فلا مخالفة أنه لو أعار للفسيل، فإن كان مما يعتاد نقله فهو كالزرع وإلا فغالب، وهو شاهد لما أبديته، ويظهر أيضًا أن موضع منع المستعير للغرس من البناء ما إذا كان محكمًا الحجر ونحوه، ويحتاج إلى حفر أساس في الأرض، وأما البناء الخفيف بالخشب والقصب ونحوهما على وجه الأرض، فالأقرب جوازه له لأنه أخف ضرر، أما الغراس وتفريغ الأرض منه أقل مدة فأشبه الزرع.

فرع: أذن له بغرس شيءٍ معين لم يغرس غيره إلا أن يكون ضرره كضرره بالأرض أقل، قاله الدارمي، ويجيء ما ذكرناه بخلاف إطلاق الإذن في الزرع هنا في بيعه في غرس ما ضرره أشد من كل ما يعتاد غرسه بالناحية.

فرع: حيث زرع ما ليس له زرعه وللمعير قلعه مجانًا، وليبقى مدة لمثلها أجرة. قال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يقال إن قلنا في نظيره من الإجارة تجب أجرة المثل، فكذا هنا أو ما زاد على المسمى من أجرة المثل، والفرق أن المستأجر استوفى ملكه والمستعير لا يملك شيئًا.

قلت: وهذا أرجح وهو قضية قول الْمُتَوَلِّي وغيره، فإن فعل فحكمه حكم الغاصب.

وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: إذا قال له: ازرع الحنطة فزرع الذرة وكما لو زرعها بلا إذن، انتهى.

وقال غيره: إن قلنا أن الإعارة تبطل بالمخالفة يعين الثاني، وإن قلنا لا تبطل وهو أرجح فيظهر الأول، وبهذا يعلم أنه يجب جعل هذين الاحتمالين، انتهى.

ويظهر أن يتخرج على ما ذكره قالوا: أعاره للركوب إلى موضع معين، هل الركوب إلى مثله من جملة أخرى؟ إذا لم يظهر للمعير عوض في التعيين، وكذا لو قصد الموضع المعير في طريق أسبق ولو غرس الطريق المأذون فيها، والله أعلم.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ مُطْلَقَةً، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ الْمَنْفَعَةِ**) لأن

....

للإعارة معونة جوزت للحاجة، فلا حاجة إلى الاحتمال عن الإطلاق، وهذا ما رجحه الإمام والغزالي، ولم يرجح الرَّافِعِي في الشرحين هنا شيئًا، والثاني: نصح بكلامه ويعتبر الجهالة؛ لأنه يحتمل هنا ما لا يحتمل الإجارة وهذا ما جزم به الأكثرون منهم الْمَاوَرْدِي والدارمي وصاحب «المهذب» و«البيان»، ونقله ابن الرِّفْعَة عن العراقيين مطلقًا، وجزم به الخراسانيين أصحاب «المهذب» و«التتمة» و«الكافي»، وكذلك الرُّويَانِي وابن أبي عصرون، وهو الأصح المختار؛ لأن الإعارة عقد اتفاق ومسامحة لا معاتبة، نعم له الانتفاع بها على العادة الجارية في مثلها كما قيده الْمَاوَرْدِي وغيره واستحسنه الشيخان، وعبارة «التتمة» بشرط ألا يخالف المعهود، وهو حسن صحيح وليس له الدفن فيها قطعًا.

إشارات: ذكره الأرض مثال لما ينتفع به بجهتين، فأكثر لاقتداء ما إذا كان المعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة كالبساط والحصير الذي لا يصلح إلا للفرش، فلا حاجة فيه إلى بيان الانتفاع.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا لو كان يمكن الانتفاع به بجهات؛ لكن هو المقصود منه عادة.

قال الرَّافِعِي في كتاب «الإجارة»: صرحوا بجواز إجارة أرض لا ماء لها مطلقًا، ويشبه أن يكون إجارتها على وجهين كإعارتها، والأصح المنع فيها إلى آخر ما سيأتي هناك إن شاء الله تعالى.

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه هناك: ولا يجب بغير الانتفاع في أرض هي فله حمل فحل إلا كما اعتقده الإمام الرَّافِعِي فجعل الجوابين في الأرضين على وجهين؛ وهذا لأن القلة متعينة للسكون، ولا يجوز تناولها لافتقاره إلى تعيينه بحفر الأساس، انتهى.

ويأتي ما ذكره هنا إذا شرطنا التعيين على ما رجحاه فقال: أعرتك لتنتفع بها كيف شئت أو تفعل به ما بدا لك، ويظهر أن الأصح الصحة كالإجارة وأولى؛ بل يشبه أن يقطع هذا بالصحة.

فَصْلٌ

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِدَفْنٍ فَلَا يَرْجِعُ حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ الْمَدْفُونِ، ....

(قال:

فَصْلٌ

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ) لأنها مبرمة من المعير وارتفاقٌ من المستعير فلا يليق بها إلا بالالتزام في المقيدة عن وجه أنه لا يجوز الرجوع فيها قبل إنهاء المدة.

قال: **(إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِدَفْنٍ فَلَا يَرْجِعُ)** أي: بعده.

(حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ الْمَدْفُونِ) رعايةً لحرمة الميت، وإن رضي الولي بنبشه ونقله؛ لأنه حق للميت.

قال الرَّافِعِي: وله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يوضع فيه الميت.

وقال الْمُتَوَلِّي: وكذا بعد الوضع ما لم يواره بالتراب، وأشار في «الشرح الصغير» إلى ضعفه، ولكنه مقتضي قول الإمام، وللمعير الرجوع قبل إتقان الدَّفن، وكلام «البسيط» يوافقه وهو الجواب في «شرح التعجيز» ولم أر من صرح بخلافه، وقول الأصحاب بعد الدفن يوافقه أو لا يخالفه، وقد يقال: إن كان الميت يتماسك ولا يؤدي التأخير إلى تغيّره والحجارة وكرَّ من الرجوع قبل إتمام الدفن وإلا فلا.

تنبيهات: منها: قوله «حتى يندرس أثر المدفون» قاله الْغَزَالِي والرافعي ونقل ابن الرِّفْعَة فيه جوابين للقاضي أحدهما: هذا، وثانيهما: أنه قط لا يجوز للمعير أن يرجع؛ لأن الدفن للتأبيد ولو صار الميت ترابًا وسبق في الخيار ما يوافقه.

ومنها: استثنى في الخصال صورًا فقال: اعلم إن كان من أعار عارية فله المطالبة بها، أي: وقت شاء إلا في ثمان خصال تذكر ما لو أعاره دابةً أو سلاحًا ونحوهما للغرر، والنفي الرجحان فليس له الرجوع فيها حتى ينكشف القتال، وذكر إعارة الحداد للجذوع، وقالوا: أعاره موضعًا يخرج ماؤه عليه أو

....

طريقًا يسلك منه، وأعاره جذعًا ليمسك به جدارًا مائلًا لم يرجع فيه لخوف سقوطه، فلو رجع ففي طلبه الأجرة ما سبق في الجذوع، قاله في «البحر» ولو أعاره سترة للصلاة فيحرم فيها بالعرض لم يرجع فيها قبل تحلله، وليس للمستعير ردها قبله، وذكر الْبَنْدَنِيجِي أنه لو أعاره سفينةً فوضع فيها طعامه ثم طلبها في اللجة لم تجب لأجل الضرر لا للزومها.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن له الأجرة من حين الرجوع، كما أعاره أرضًا لتزرع فلا يفصل فرجع قبل انتهائه وعُدَّ من العواري اللازمة في «الوسيط» في السرقة ما لو كفن الميت أجنبي وقلنا ببقاء ملكه كما هو الأصح، ولو قال: أعير وأداري بعد موتي لفلان سنة وإعارة لازمة، ذكره الرَّافِعِي في «التدبير»، وذكر بعضهم مسألة سترة المصلي وأطلق في «التحرير» فيها ما سبق، نعم يظهر أن يجب الإمهال في الرجوع إلى منزله ونحوه ليتوارى عن العيون إلا أن يمكنه تحصل ستره قبل ذلك بسترٍ أو غيره.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: وأما لزومها من جهة المستعير ففي الدفن لتعلق حق الميت به، قال: ويظهر في مسألة السفينة أنه لا يجوز تسليمها بإلقاء ما فيها من اللجة؛ لأنه إتلاف محض.

قال: ومراد ذلك صورة يلزم العارية فيها من جهة المستعير فقط، وفي استعارة الدار لسكنى المعتدة كما قالوه هناك، وذكرت فيه مباحثة، انتهى.

قلت: وقد يلتحق بذلك صور يلزم المستعير فيها عدم الرد مع دوام الضرورة، كمن استعار سلاحًا ونحوه يدفع به عما يجب عليه الدفع عنه كما مبين هناك، وله رده في حال الدفع لتحققت المعتدة، ومثله ما ينجى منه من الآن الغريق ويطفئ به الحريق، وما يدفع به أذى البرد والحر المهلكين، وكذا ما ستر به عورته في الخلوة، وكذا الخلوة إذا أوجبنا الستر فيها، ولا يجب استعارته من آلة الإسقاء للوضوء، وقد ضاق الوقت أو لسقي حيوان محترم يخشى هلاكه لو رد الآلة، وكذا لو أركبه بمفازة منقطعة عارية، ولو كلف بها راجلًا لهلك، ولذلك لو أعير هذه الأشياء لمحجورة ولو ردها الولي لهلك، فيجب على الولي القبول

وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوْ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ إِنْ كَانَ شَرَطَ الْقَلْعَ مَجَّانًا لَزِمَهُ،

والدوام على الإعارة مادامت الضرورة إليها، وقس بما ذكرناه ما في معناه.

فرع: إذا رجع المعير ولم يعلم المستعير حتى استوفى المنفعة أو بعضها.

قال الرَّافِعِي عن الْقَفَّال: أنه لا يلزمه الأجرة.

قال ابن الرِّفْعَة: الأشبه تحركه على الرجوع في الإباحة قبل العلم، وقد ذكرناه في باب الوليمة وحكى فيه طرقًا: أحدها هذه، والثانية: عن الشيخ أبي محمد أنه يلزمه، والثالثة: قولان كعزل الوكيل.

قيل: وما قاله حق ومنه يعلم أن الصحيح وجوب الأجرة.

قال: **(وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوْ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ)** أي: بعد أن بنى أو غرس **(إِنْ كَانَ)** أي: المعير.

(شَرَطَ الْقَلْعَ مَجَّانًا لَزِمَهُ) أي: وفاءً بالشرط، واعلم أن قوله مجانًا يوهم؛ بل يفهم أنه لو شرط القلع ولم يقل مجانًا ونحوهما لا يكون الحكم كذلك، وقد حافظا على لفظ مجانًا في كتبهما، ولم أرها إلا في «النهاية» وشروحها، وعبارة الأصحاب أن شرط القطع قلع، وهي أعم من أن يصرح بقوله مجانًا أو لا، وممن أطلق ذلك القاضي أبو الطيب والدارمي والمحاملي وأصحاب «الحاوي» و«المهذب» و«الشامل» و«البيان» والغزالي وخلاصته والجويني في مختصره، ونص عليه في «المختصر» و«الأم» في الإعارة المقيدة بمدة، وجرى عليه الأصحاب قاطبةً، وصرح مصرحون بأنه لا فرق في شرط القلع بين المطلقة والمقيدة.

قال الشَّافِعِي: لأن المعير لم يضر وإنما هو عز بنفسه، والإمام ومن تبعه إنما ذكروا لفظة مجانًا في المقيدة والوجه حذفها مطلقًا، ولعل الإمام أراد البينة على أنه لو شرط القلع وغرامة الأرش لزمه لا الاجترار عما إذا أطلق شرط القلع.

فرع: لو شرط مع القلع التسوية لزمه، أو دونها فلا ولاية رضي بالحفر ولو اختلف في وقوع شرط القلع، فالظاهر تصديق المستعير إذ الأصل عدمه

وَإِلَّا فَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ قَلَعَ، وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَلْزَمُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

واحترام ما له، ولم أره نصًا.

قال: **(وإلا)** أي: وإن لم يشرط عليه القلع.

(وَإِلَّا فَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ قَلَعَ) لأنه ملكه فله نقله ولا أرش له قطعًا.

قال: **(وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ)** لأنه مأذون فيه فلم يضمنه، كاستحقاق الثوب باللبس.

قال: **(قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَلْزَمُهُ، والله أَعْلَمُ)** أي: ما أخذ كما أخذ، وعزى في زيادة في «الروضة» تصحيحه إلى الجمهور وفيه نظر؛ بل أرسلوا الوجهين بلا ترجيح، نعم رجحه القاضي أبو الطيب والمحاملي والروياني وابن أبي عصرون والرافعي في «الشرحين» وإلى المنع يشير كلام «التنبيه»، ومال إليه ابن الرِّفْعَة بناء على ما فهمه من أن الوجهين يلتقيان على الخلاف في ضمان المستعير الأجزاء المستحقة بالاستعمال إن ضمناه لزمتا للتسوية وإلا فلا، وقال غيره: إن كان فرض المسألة في تسوية حفر حصلت في مدة العارية لأجل الغرس والبناء، فالأمر كما قال ابن الرِّفْعَة وإن كان في تسوية حفر حصلت من القلع زائدة على ما حصل قبل ذلك، فالصحيح لزوم التسوية، وتشير إلى التصوير بهذا تعليل الْمَاوَرْدِي والروياني وجه اللزوم، فإنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه، فصار مأخوذًا ببعضه.

قلت: كلام الأصحاب مصرح بالتصوير في الحفر المتولدة من القلع بعد زوال العارية إلا سرى تعليل القاضي أبي الطيب وغيره اللزوم بأنه قلع غير مأذون له فيه، وعدم اللزوم بأنه مأذون فيه؛ لأنه إنما أذن له في البناء أو الغراس على أن له القلع أي وقت أراد فأشبه ما لو شرطه.

قال هذا القائل: ومن هنا يظهر أن الذي ينبغي أن يعنى به أن ما حصل من حفر بيت البناء والغراس في مدة العارية لا يلزم تسويته ولا يغلق باب الخلاف في كل منهما أما الأول: فمن ضمان الأجزاء المستحقة، وأما الثاني: فلأن

....

الإعارة مع العلم تمليكه من القلع المؤدي إلى ذلك قد يحصل رضا به ولا خلاف في وجوب تفريغ الأرض بنقل ماله عنها، انتهى.

إشارات: لا خفاء أنه لو زادت الحفر على حاجة القلع لزمه ضم الزيادة قطعًا.

قال ابن الرِّفْعَة: ولا خلاف أن العارية المؤقتة إذا انقضت، وقد شرط على المستعير القلع فقلع أنه لا يلزمه التسوية، قال: وهذا يخدش فيما ذكرناه من البناء يعني: ما سبق عنه، وعبارة الدارمي: إن قلع فحفر الأرض ما يضرها فثلاثة أوجه: أحدها: قيمته، والثاني: لا شيء، والثالث: إن كان طالبه بالقلع فلا شيء له، انتهى.

والظاهر أنه أراد بقوله قيمته أرش الحفر الحاصلة بالقلع ولم يذكر وجه لزوم التسوية، ولو كان شرط القلع صدر من المستعير هل يكون الحكم في تسوية الحفر كحالة الإطلاق، أو لا يلزمه تسويتها قطعًا؟ لم يحضرني فيه نقل والثاني أقرب.

قال: وإن لم يجز المستعير القلع لم يقلع مجانًا لأنه محترم بالإذن فيه.

قال: بل للمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة أي: أجرة مثله في تلك الحالة، أو يقلع ويضمن أرش النقص أي: إن حصل وهو ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا لما في ذلك من الجمع بين الحفر، وخيرنا المعير لأنه المحسن ومالك للأرض، وهي أصل والبناء والغراس بيع، وسيأتي ما في المسألة من الاضطراب.

قال ابن الرِّفْعَة: أما إذا لم يحصل القلع بعد فليس له إلا القلع، هكذا قال ولم يعزه إلى أحد.

قيل: أو يتملكه بالقيمة أي: حال التمليك، فهذه خصلة ثالثة، ووجه المنع أنه بيع فلا بد فيه من المراضي.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» أن التمليك بالقيمة هو ما نصَّ عليه في «الأم» و«المختصر» واقتضى كلامه الحصر فيه.

....

قال: وكذا نص في «الأم» و«المختصر» والبويطي في «الإجارة» إذا انقضت المدة، انتهى.

وكان الوجه أن يقول المصنف: وفي قولٍ وفيه نظر للحصر الذي أشار إليه ابن الرِّفْعَة، إن صح فإنه عبر عن الوجه الذي في الكتاب فإنه يخيره بين الخصال الثلاثة.

تنبيهات وفوائد مهمة:

منها: الملخص أنه إذا اختار المعير خصلة من الثلاث ووافقه المستعير؛ فذلك وإن أبى، قال الإمام والغزالي ومن تبعهما: يكلف بتفريغ الأرض، وبه قال الجمهور: إذا اختار القلع بالأرش أو التمليك، وقال الْبَغَوِي بذلك فيما إذا اختار القلع بالأرش فقط، قال بعض الشارحين: وهو الصحيح عندي.

ومنها: ما ذكره في التخيير في تملك الشجر هو فيما يراد للدوام أما الفسل الذي ينقل في عامه وغيره وسمي بـ«الشام» الشتل كما سبقت الإشارة فحكمه حكم الزرع، وعبارة «الخلاصة»، وأصلها في التصوير والغراس الذي لا ينقل.

ومنها: لو أعار الأرض مطلقًا، وصححناه كما سبق، فغرس المستعير أو بنى ثم رجع المعير فله القلع مجانًا، قاله الْبَغَوِي وغيره.

ومنها: إذا أخبرنا ففي «الغُنْيَة» تبعًا لبعض الشروح عن القاضي الحسين أنه إذا كان على الشجر ثمر بدا صلاحه فاختار التجمير بين الخصال إلى جذاذه، وعبارة «كفاية ابن الرِّفْعَة»، واعتبر القاضي الحسين في تخير التخيير ألا يكون على الأشجار ثمرة لم يبدو صلاحها، أما لو كانت فلا يخير في الخصال إلا بعد جذاذها كما في الزرع؛ لأن لهذا مدة تنتظر قاله في كتاب الصلح وعلى ذلك جرى الإمام، انتهى، وهذا النقل مستقيم.

ومنها: وقع في «التنبيه» و«المنهاج» وأصله هنا أن المستعير إذا لم يختر القلع مجانًا حيث لا شرط خيّر المعير بين الإبقاء بأجرة أو القلع، وغرم أرش النقص وهذا ليس يوجد في مطولاتهم الثلاثة هنا؛ بل حكى الرَّافِعِي ثلاث أوجه أصحها،

....

وبه قطع أكثر العراقيين ومنهم صاحب «المهذب» أنه يخير بين القلع وضمان الأرش، وبين التمليك بالقيمة، والثاني: يخير بين هذين وبين الإبقاء بأجرة.

قلت: وينبه الإمام إلى كافة الأصحاب.

والثالث: ليس له إلا التمليك بالقيمة.

قلت: وسبق أنه المنصوص، ثم ذكر في رجوع الأب في هبته أنه يخير بين الخصال الثلاث، قالا: كالعارية.

قلت: وهذا على طريقة الإمام، وذكر في مسألة الجذوع في ثمرة الرجوع وجهان:

أحدهما: الإبقاء بأجرة وأصحهما يخير بينه وبين القلع وغرم أرش النقص، قالا: كما لو أعاره أرضًا للبناء، وبه أجاب الرَّافِعِي في كتاب «الغصب» وهو المذكور هنا في المختصر أن الثلاث وهذا اضطراب ظاهر، وهذا الحكم يحتاج إليه في الإجارة وجعلاها كالعارية وفي «الشفعة» إذ أنهى المشتري وغرس ثم أجر الشفيع الشِقص وهي في «التنبيه» على الصواب وفي الفلس وهي في «المنهاج» و«الروضة» وأصلهما على الصواب، وفي الصداق إذا رجع الزوج وفي الموصى بالمنفعة مدة، ولا يخفى حكم ذلك من كلامهم في النظائر إن لم يكن منقولًا.

ومنها: استعار من شريكه وبنى أو غرس امتنع القلع والتملك، وتعين أخذ الأجرة فإن لم يبدلها أبى الثاني فيباع أو يعرض عنهما، فيه ما سيأتي.

قال في «الروضة»: كذا قال الْمُتَوَلِّي فإن لم يبدلها الثاني وينبغي أن يقول فإن لم يرض بها الشريك فإن بدل الثاني ليس يشترط على المختار ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه فله قلعه مجانًا، انتهى.

وأفتى ابن الصلاح أنَّ له طلب الأجرة وأن له التمليك بالقيمة من البناء بعد رخصته من الأرض حق يصير البناء مشتركًا بينهما اشتراكهما في أرضه، ولم يذكر إذن الشريك في البناء ونقل عن غيره الإفتاء بعدم التمليك وفيما جمع

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا، بَلْ لِلْمُعِيرِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ، قِيلَ أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِقِيمَتِهِ.

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا إِنْ بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأُجْرَةَ وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ، ثُمَّ قِيلَ يَبِيعُ الْحَاكِمُ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا، ....

من فتاوى تلميذه الشيخ تاج الدين الفزاري أن يأخذ شريكه في أرض زرعها بلا إذن فأجاب هو والكمال سأل شيخ المصنف بأن له قلعه وأجاب غيرهما له أجرة المثل. قال تاج الدين: وهو غلط.

قلت: وبه يشعر كلام ابن الصلاح فإنه أطلق كما سبق ثم قال متصلًا بالجواب: ولا يجرى التملك في الغصب على الأصح لإمكان القلع، ولا يتجه القلع هنا لكونه يستلزم القلع مما هو حصته من الأرض، وفي هذا بحث، انتهى.

والوجه أن له القلع مجانًا حيث لم يأذن، قال: **(وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا بَلْ لِلْمُعِيرِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ قِيلَ أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِقِيمَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا إِن بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأُجْرَةَ)** أي: المعير شيئًا مما خير فيه لم يقلع مجانًا إن بذل المستعير الأجرة لعدم تعديه تعضده مفهوم الحديث الحسن: «ليس لعرق ظالم أحق»[1] وهذا غير ظالم.

قال: **(وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ)** إذ نصه في العارية الانتفاع بلا عوض.

والثاني: يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مجانًا، وأغرب الشَّاشِي وغيره فنقلا الوجهين في حال بذله الأجرة، وهذا كله إذا انقضى البناء والغراس بالقلع وإلا فيقلع مجانًا لعدم الضرر.

قال مفرعًا على الأصح: **(ثُمَّ قِيلَ يَبِيعُ الْحَاكِمُ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا)** فصلًا للخصومة.

قلت: ويظهر تفسير هذا الوجه فيما لو مات المعير والمستعير وردت كل لابنه الطفل ونحوه، وكان الحظ في البيع وكذا لوسعها وحجر عليهما بالسفه الحاكم.

---

(١) أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائده على المسند (٥/٣٢٦، رقم ٢٨٣٠) قال الهيثمي (٤/٢٠٣): إسحاق لم يدرك عبادة، وأبو عوانة (٤/١٥٩، رقم ٦٣٧٣).

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا، وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالِانْتِفَاعُ بِهَا،

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا**) قاله الأكثرون، أو لا تقصير من المستعير، فكيف يزول ملكه قهرًا.

قال الإمام: والظاهر لزوم الأجرة في مدة التوقف، وأرسل الدارمي فيها وجهين وجزم في «البحر» بأن لا أجرة عليه.

إشارة: قوله يختار آكد هو بخط المصنف وفي «البحر»: ويهديه، قيل وفي «الروضة» التي بخطه و«الشرح» يختار بغير ألف وصحح المصنف بخطه على موضع سقوط الألف وهو أحسن أي: يختار المعير وبه تفصل الخصومة، انتهى.

وراجعت نسخًا معتمدةً بالشرحين فرأيتها مختارًا بألف ولعله أجود وعبارة «التتمة» و«البيان» عن الوجه الأصح، فقال لهما: انصرفا حتى تصطلحا على شيء، وذكر ابن الصباغ وشيخه نحوه، فافهم ذلك، إن قوله يختارا أثبت في النقل وأعم ولم أر في شيء من نسخ الشرحين إسقاط الألف، وعبارة الدارمي، فإن أتيا جميعًا تركا حتى يتفقا.

قال: (**وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالِانْتِفَاعُ بِهَا**) لأنها ملكه وأطلق الأئمة من الطريقين هنا أنه ليس له الاتكاء والاستناد إلى جدار المستعير وسبق في الصلح جواره؛ ولهذا قال القاضي الحسين: وقد ذكرا في الصلح في مثل هذا أن له أن يستند فأشار إلى اختلاف النقلين، قالوا: ولا يربط فيها شيء ولا ينشر عليها ثوبًا ولا يرقى سطحًا.

قلت: وذكروا هناك أنه لو منعه من الاستناد لم يمنع في الأصح، فإن جهل ما ذكروه هنا على ما إذا كان فيه ضرر وإلا فهو متعارض، وعبارة الْعِمْرَانِي ولكن لا يستند إلى جذوع غرس المستعير.

وفي «الشامل»: ولا ينتفع بشيء من الغراس حتى لا يسد فيه جبلًا ولا يبسط عليه ثوبًا، وعبارة شيخه القاضي أبي الطيب: ولا تشد في الغراس دابة ولا غيرها وهذا صحيح.

إشارة: عبارة المصنف وغيره أن للمعير دخول أرضه متى شاء لحاجة

وَلَا يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ لِلتَّفَرُّجِ، وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَالْإِصْلَاحِ فِي الْأَصَحِّ وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ، وَقِيلَ لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ.

وغيرها، وعبارة «البحر» وإن أراد أحدهما الدخول لتعهد ماله، وذكر المعير وعبارة حليته، ولكل واحد منهما الدخول فيها للتعهد عند الحاجة، وهو يشعر بأنه لا يدخل لغير حاجة كالمستعير، وقد يقال به إذا نازعه المستعير ولم يأمنه على شجره وثمره بآلة نباته.

قال: **(وَلَا يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ لِلتَّفَرُّجِ)** أي: واستباحه وعبارة كثيرين لغير حاجة كالأجانب.

وقال في «تحريره»: التفرج لفظة مولدة لعلها من انفراج الهم وهو انكشافه وعبارة «الوسيط» وغيره للتنزه وهي لفظة مستعملة، قال اللغويون: ومن غلط العامة: كنا نتنزه أي: نتفرج، والتنزه أي: لعقد.

قال: **(وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَالْإِصْلَاحِ)** أي: وما في معنى ذلك كإجناء الثمار ونحوهما، **(فِي الْأَصَحِّ)** صيانة لماله من الضياع.

والثاني: ليشغله بذلك غيره إلى أن يصل إلى ملكه.

قال الإمام: وهذا شرف، فعلى الأول لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله. قال الْمُتَوَلِّي: لا يمكن إلا عاجزة المثلى وتبعاه عليه، وسكت الجمهور عليه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي تجويز إصلاح الجدران ضرر بالمعير؛ لأنه قد تعين له التملك أو النقص مع الغرم؛ لأنه لو أعاد وطلب ذلك كان الحكم كما لو طلبه ابتداء وفي زيادة ذلك لعدد أن ضرره عليه.

قلت: إن أردت أن تحدث آلة أكثر لم يكن يريد في القيمة أو الأرش عند القلع، فذاك وإن أردت أن مجرد إصلاحها بلا إحضار إليه من خارج ففيه نظر وضرر أيضًا، فسقى الشجر يحدث فيها زيادة في المعير والقيمة ولا منع منه.

قال: **(وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ)** أي: من صاحبه وغيره، **(وَقِيلَ لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ)** أي: بغير إذن الغير؛ لأنه يتعرض للقلع وزوال الملك إذ للمعير ذلك

....

ووجه للصحة أنه باع ملكه والتعرض للنقص منقوص ببيع ما فيه الشفعة ولا يأتي هذا الوجه في البيع من وارث المعير ولا كل من تلغى الأرض منه؛ لأنه بمنزلته وهذا كله في حال الشارع.

وقيل: استقراءً والأمر بينهما على أجرة فإن اتفقا عليها جاز كبيع المأجور بينه كلام المصنف يفهم أن للمعير بيعه لثالث قطعًا وحكى في «البحر» فيه خلافًا ورجح المنع ووجهه بما سيأتي عن «الحاوي» ونقله الإمام في بيع الأرض بعد انقضاء الإجارة.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا باع المعير العارية في يد المستعير فإن كان ردها ممكنًا كالزاد والدابة والنوى يمكن نزعه صح وبطلت به العارية وإن لم يمكن ردها كأرض غرست فالبيع باطل؛ لأن مدة الغراس فيها مجهولة واسترجاعها غير ممكن إلا ببذل قيمة الغراس إذ أرش النقص وذلك غير واجب على المعير ولا على المشتري وفيه وجه أن البيع صحيح ويوجب المستعير بالقلع ويجبر البائع على بدل أرش نقصه؛ لأنه دون التسليم قبل، وما قاله ظاهر إذا لم يجز المعير إلا من التملك وبدل الأرش فلو خرج معهما في التبعية بأجرة، فقد يقال: بصحة البيع جزمًا؛ لأن المشتري ينزل منزلة المعير فله سبيل أن يبقى بأجرة ولا ضرر عليه، انتهى.

وكلام الْمَاوَرْدِي والروياني يشير إلى العلة عدم صحة التسليم مع بقاء الغرس والبناء وهذا المعنى لا يزول بأخذ الأجرة وقد تعلل المبيع أيضًا بأن المشتري لم ير جميع الأرض ولا سيما إذا أستر البناء والغراس أكثرها وهي مختلفة الأجزاء لا بدل دونه البادي منهما على معرفة المستور على أن في الاكتفاء بدون بعضها الظاهر نظر.

فرع: للمشتري الخيار إذا جهل فإن علم إذ رضي بيت له ما كان للبائع المعير من الخيار وقاله القاضي الحسين، وذكر في «البحر» ما سبق عن «الحاوي» من التفريع على وجه الصحة وإذا صححنا بيع المستعير لثالث يجيز المعير على المشتري كما سبق.

وَالْعَارِيَّةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ، وَفِي قَوْلٍ لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَّانًا إِذَا رَجَعَ.

فرع: لو اتفقا على بيع الأرض وما فيها بثمن واحد، قيل: هو كما لو قال: لكل عبد فباعاهما لذلك والمذهب القطع هنا بالصحة للحاجة والتوزيع على ما سبق في «النظائر».

قال: (**وَالْعَارِيَّةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ**) أي: فيما ذكره من الأحكام وبيان المدة يكون للمنع من إحداث بناء أو غرس بعدها ولطلب الأجرة.

قال الْبَغَوِي: وله أن يغرس ويبني في المدة ما شاء وإن قلَّ ما بقي منها ما لم يرجع المعير وله أن يحدد فيها في كل يوم غرسًا.

قال الرَّافِعِي: كذا قاله في «التهذيب» فرمز إلى توقف في التحديد كل يوم أو استغرابه وقد تقدم في الصلح امتدادًا أذن له في البناء على أرضه مجانًا يجب أن يبين قدر الموضع المبني عليه طولًا وعرضًا وأنه لا يجب له سمك البناء ولنفسه على الصحيح والظاهر أنا إذا لم نكتف بإعارة الأرض مطلقة أنه يجب التعرض لبيان موضع الغراس طولًا وعرضًا بالنسبة إلى جملة المغروس، ولعل جواب الْبَغَوِي مبني على الوجه المختار كما سبق فإن قضية عدم اعتبار ذلك فتأمله.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَّانًا إِذَا رَجَعَ**) أي: بعد المدة ذهابًا إلى أن هذا فائدة التأقيت.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: واختاره الـمُزَنِي وذكر أنه فائدة التأقيت وأنه القياس أو الاختيار وعجب من ابن الرِّفْعَة إنكاره في شرحه على الرَّافِعِي نقله اختياره عن الرُّويَانِي وأن الذي رأيت في «البحر» بخطه ومصنفات الرُّويَانِي كثيرة واختباراته فيها مسموعة نعم قال في «البحر» بعد نقله عن اختيار الـمُزَنِي ورواية الزجاجي له عن الشَّاشِي عن الشَّافِعِي أنه غير صحيح؛ لأن قول المعير إلى وقت كذا تردد من احتمالات ذكرها.

واعلم أن الزجاجي أيضًا أنه لو وقَّت له وقتًا ثم اختلفا فقال رب الأرض: انقضت المدة، وقال الثاني: لم تنقض؛ صدق رب الأرض بيمينه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظر؛ لأن الأصل بقاء المدة.

وَإِذَا أَعَارَهُ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْهِ الْإِبْقَاءَ إِلَى الْحَصَادِ، وَأَنَّ لَهُ الْأُجْرَةَ، ....

قلت: وقد يقال الأصل عدم الإذن والإباحة فيما زاد على ما ذكره رب الأرض فتعارض أصلان وتظهر ثمرة هذا النزاع فيما إذا كان قد شرط عليه القلع بعد المدة فإنه يقلع مجانًا بلا خلاف وسبق ذكر وجه أنه ليس له القلع في المؤقتة قبل تمامها.

قال: (**وَإِذَا أَعَارَهُ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ فَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْهِ الْإِبْقَاءَ إِلَى الْحَصَادِ**) لأنه يحترم وله أمد ينتظر .

قال في «المجرد»: هذا هو الظاهر، والثاني: للمعير القلع وبدل أرش النقص كالغرس، والثالث: يملكه بالقيمة كالغراس ويخرج من كلام «التتمة» وجه رابع أنه يخير بين القلع والتملك بالقيمة.

قال ابن الرِّفْعَة: والرأي أظهر اعتبار القيمة في الحال.

قال: (**وَأَنَّ لَهُ الْأُجْرَةَ**) لأنها الإباحة بانقضاء المدة، والثاني: لا واختاره الرُّويَانِي والقفال، لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمتوفاة، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان أنه لو حصد المستأجر الأرض فسائر ما بقي من الحب؛ قبلت لذمة الأجرة وجهًا واحدًا.

تنبيهات وفروع:

منها: محل الأوجه السابقة فيما لا يعتاد قطعه قبل ذلك، فإن كان كلفه في وقته كالفصل والنقل ونحوهما وشبه أن بعد ذلك بما إذا كان بموضع ينتفع برطبه كما لا يضار والقرى الكبار ولعل هذا مرادهم بما أطلقوه.

ومنها: حكى في «البحر» وجه يملك الزرع بالقيمة قائمًا على اختيار القاضي الطبري وجزم به في «البحر» به قال: وغلط من قال غيره، قال في «البحر» تفريعًا على إبقائه بالأجرة إلى الحصاد ولو امتنع المعير من مد القيمة والمستعير من قلعه، قيل: له إما أن يقلع أو يُعطى الأجرة، ولفظ الشَّافِعِي هاهنا أنه يقر على ذلك إذا بذل الأجرة بعد الرجوع في العارية ولا يجبر على القلع.

فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرَكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزِّرَاعَةِ قَلَعَ مَجَّانًا.

وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضِهِ فَنَبَتَ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ....

ومنها: لو أعار للفسل ونحوه فإن أعتيد نقله كان كالزرع، قالا: فكالبناء، ولم يذكروا البقول ونحوها مما يبقى عروقه ويجذ مرات، قال شارح: فيحتمل إلحاق عروقه بالشجر كما في البيع إلا أن يكون ما ينقل أصله فيكون كالفسيل الذي ينقل.

قلت: كيف يمكن إلحاقها بالشجر في البيع ولا يمكن بيعها مفردةً لعدم المرونة.

ومنها: إذا أعار لزرع مطلقًا أو لغرس ونحوهما فعل مرة واحدة فإن قلع أو انقطع بنفسه لم يعد ولا مثله إلا بإذن جديد على الأصح وبه جزم الْبَغَوِي وغيره فتأمله مع ما سبق عن الْبَغَوِي، وتابعه عليه في «الروضة» و«الحلية» في أن له في المؤقتة أن يجدد كل يوم غرسًا ولو كان قد صرح في الابتداء بالتجديد مرةً بعد أخرى فله ذلك.

قال: **(فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرَكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزِّرَاعَةِ قَلَعَ مَجَّانًا)** أي: لتقصيره وإلا فهو لو أعاره مطلقًا، قاله الرَّافِعِي، وعبارة بعضهم ولو كان عدم الإدراك بسبب الهواء ونحوه من غير تقصير كما لو رجع قبل إدراك الزرع وهي شارحة لكلامه.

قال ابن الرِّفْعَة: لو كانت قيمة المقلوع بعد القلع كقيمته حال كونه حبًّا أو أكثر أجبر المستعير على القلع إذ لا مجذوذ.

قلت: وكأنه أخذه من كلام الْمَاوَرْدِي الآتي نفى ما لو تأخر الزرع بعد زمان غمر الأرض سيل أو ثلج ونحوهما مما لا يمكن معه الزرع ثم زرع بعد تصرف الماء وزوال الثلج ما حكمه؟ لم أر فيه نصًّا والغرض أنه لو زرع لما أدرك في المدة.

قال: **(وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ)** أي: أو الرياح.

(بَذْرًا إِلَى أَرْضِهِ) أي: حبًّا أو نوى وغيرهما.

(فَنَبَتَ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ)؛ لأنه باقٍ على ملكه.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ.

وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا أَعَرْتَنِيهَا فَقَالَ بَلْ أَجَرْتُكَهَا، أَوْ اخْتَلَفَ مَالِكُ الْأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ فَالْمُصَدَّقُ الْمَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ)** أي: مجانًا لعدم الإذن فيه كما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء دار غيره، والثاني: لا يجبر لعدم تعديه فعلى هذا فهو كالمستعير فينظر في النابت أهو شجر أم زرع وحكمه ما سبق كأن لو بذل له صاحب الأرش أجبر قطعًا.

وقال الجرجاني وغيره: يجبر أيضًا على تسوية الحفر حكى في «البحر» الوجهين في كتاب «الغصب» قال: وقال في «الحاوي» والأصح عندي أنه ينظر في الزرع بعد قلعه فإن كانت قيمته كقيمة الحب أو أكثر أجبر على قلعه إذ لا نقص، وإن كانت أقل ترك بعدم التعدي وما يدخل على رب الأرض مستدركًا بالأجرة التي يستحقها بعد العلم والتنازع ولا أجرة له فيما قيل؛ لأنه لم يكن منه فعل يتعلق به الضمان، انتهى.

لو حمل السيل أو الريح حبه فرده أو نواه فهي لمالكها على الأصح عند المصنف لا كرب الأرض، قال: وهذا في حبه ونواه لم يعرض عنها وألقاها ينبغي أن يكون لصاحب الأرض قطعًا، انتهى.

وإنما يقوى هذا إذا أزلنا ملكه لمجرد الإعراض أما إذا قلنا لا يزول وهو الظاهر وإن جاز للغير أحدهما وتملكها فلا؛ لأنه لم يحصل من صاحب الأرض هنا أخذ ولا تملك لها فإذا تنازعا فصاحبها أحق ولا سيما إذا سبق إلى طلبها، نعم لرؤياها رب الأرض واستولى عليها قبل طلب مالكها لها فهل يكون كالتقاطه لها بعد إعراض ربها؟ الأقرب: نعم، وأجرى في «الكافي» الوجهين فيما لو دفن الغريب جوزةً بأرض. قلت: هل يملكها رب الأرض؟ قال: **(وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ)** أي: وهي باقية.

(لِمَالِكِهَا أَعَرْتَنِيهَا فَقَالَ بَلْ أَجَرْتُكَهَا أَوْ اخْتَلَفَ مَالِكُ الْأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ فَالْمُصَدَّقُ الْمَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ) نص في «الأم» و«المختصر» على

وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعَرْتَنِي. وَقَالَ بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي، فَإِنْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ،

تصديق الراكب بيمينه، ونص في الأرض على تصديق المالك فقيل بتقرير النصين، والفرق أن إعارة الدواب تكثر، وإعارة الأرض تندر، واختاره الْقَفَّال.

وقال: الجمهور فيها قولان نقلًا وتخريجًا، وقيل: منصوصان أظهرهما تصديق المالك كما لو اختلف في عين فقال المالك: بعتكها، وقال من هي بيده: وهبتنيها، وكما لو أكل طعام الغير وقال: ليست الحبة لي وأنكر المالك يصدق المالك.والثاني: يصدق الراكب والزارع لأنهما اتفقا على أن المنفعة متاحة له والمالك يدعي عليه أجرة والأصل براءته عنها فعلى هذا الأظهر بحلف على نفي الإعارة، وكذا إثبات الإجارة على الأصح فعلى هذا يستحق أجرة المثل على الأصح المنصوص في «الأم»، وقيل: المسمى، وقيل: أقل الأمرين فعل الأول لو نكل المالك عن اليمين لم يحلف الراكب والزارع إذ دعواهما الإعارة وليست لازمة، وعن القاضي الحسين رمز إلى أنهما يحلفان للتلخيص فمن العدم ولا يخفى أن الكلام فيما إذا اختلفا بعد مضي مدة مثلها أجرة، أما لو وقع النزاع قبل ذلك فالقول قول الراكب والزارع بيمينه، ففي الإجارة فإذا حلف سقطت دعوى الأجرة وردت العين إلى مالكها وإن نكل حلف المالك يمين الرد واستحق الأجرة.

إشارة: سكت عما لو اختلفا والدابة هالكة اختصارًا وأحاله على المبسوطات.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعَرْتَنِي. وَقَالَ بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي**) أي: وقد مضى زمن لمثله أجرة والعين باقية فالمصدق المالك على المرجح وكلامه يقتضي أن المذهب القطع هنا بتصديق المالك وهو طريقة ضعيفة من ثقة والأصح أنه على القولين السابقين، وقيل: المصدق المتصرف قطعًا وإذا لم يمض زمن لمثله أجرة ردت العين ولا معنى للاختلاف.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ**) إذ كل من الغصب والاستعارة ضمان لكن إنما يستمر ما ذكره حيث تلفت أنها تلفت بإلغاء ضمن العارية كما سبق.

لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ الْعَارِيَّةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ، ....

قال: **(لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ الْعَارِيَّةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ)** إن العارية تضمن بقيمة يوم التلف لا بأقصى القيم ولا بيوم القبض وأشار إلى ثلاث أوجه مشهورة فيمَ تضمن به العارية التالفة بغير الاستعمال المأذون فيه، ويعتبر فيها الصحيح منها ما ذكره إذ الأصل رد العين ولهما تحت القيمة بالفوات، وإنما يتحقق بالتلف والمنقول في «المحرر» الأول، والثاني: وعبر عنهما بالقول وسمى جماعة هذه الأوجه أقوالًا، والمشهور أنها أوجه.

قال الْمُتَوَلِّي: والخلاف في نقص القيمة بسعر السوق فإن نقصت الاستعمال ولم تذهب العين ثم تلفت العين لم يضمن الزائد.

إشارة: أطلق المصنف قيل: والجمهور في العارية فضمن القيمة وقال الْمَاوَرْدِي وصاحب «المهذب» والروياني وغيرهم هذا في المقوم وأنا المبتلى فإن ضمنا المتقوم بأقصى القيم لزمه مثله هنا أو بقيمته يوم التلف ضمن المثل هنا بالعين.

فائدة: اتفقا على قيمته يوم القبض ثم اختلفا فيها يوم التلف.

قال ابن عبد السلام: لم يحسن إطلاق القول بتصديق أحدهما بل يقال إن مضى من الزمان ما يتعين فيه العين من الزيادة المقتضية لزيادة القيمة كالعبد والدابة الصغيرين يكبران فالمصدق المعير في القيمة الأولى في الزيادة عليها التي لا تلد فيها العرف، وإن كانت مما يقتضي أجرًا وديًّا لاستعمال صدق المستعير في القبض، وكذا لو كان مضى الزمان لايقتضي زيادة في العين فالقول قوله، انتهى.

وفيما قاله: يقال وفيه إذ يكبر الصغير الكبر المطلوب ولا يزيد قيمته بل قد تنقص لسوء خلقه أو خلقه وفي الغصب من البحر أو للمالك بينة أن قيمته كانت قبل الغصب ألفًا لم يحكم بها.

وقال بعض أصحابنا: يصير لأجل هذه النسبة القول قول المالك مع

فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ أَكْثَرَ حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ].

يمينه؛ لأن الأصل بقاء هذه القيم ما لم يعلم نقصها وهذا غلط؛ لأن ما قبل الغصب غير معين والبينة غير مسموعة، ولو اعتبرنا هذا لكان القول قوله بلا يمين، انتهى.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ أَكْثَرَ حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ**) لأن غريمه ينكرها ويقدم هنا بما فيه وبقي من هذا النوع صور:

منها: قال: أجرتني، فقال: بل غصبت مني، فالمذهب أنه إن بقيت العين ولم يمض زمن له أجرة حلف المالك واسترد، وإن مضى فهو مدعٍ لأجرة المثل والمتصرف مقر بالمسمى، فإن زادت أجرة المثل عليه أخذ المسمًى بلا يمين والزائد الثمن.

ومنها: قال: غصبني، فقال: بل أودعتني حلف المالك على الأصح وله القيمة عند التلف والأجرة إن مضى ماله أجرة.

ومنها: قال أجرتني، فقال: بل أودعتك العين باقية حلف على نفي الإجارة واستردها أو مالكه عقب القبض حلف على المذهب وأخذ القيمة أو بعض ماله أجرة.

فرع: القيمة فقط والآخر مقدر بالأجرة.

فإن قلنا بالأصح أن اختلاف الجهة لا يمنع الأخذ، أخذ، ثم إن كانت القيمة أكثر حلف على الزائد وأخذ الباقي بلا غير ولا يخفى حكم ما لو قال: أودعتني أو وهبتني، فقال: بل أعرتك فيما تقدم.

فصل وفروع منثورة نختم بها الكتاب

فرع: تنفسخ العارية بموت المعير وجنونه وإغمائه والحجر عليه بسفهٍ هكذا ذكره جماعة وفي انفساخها بمطلق الإغماء نظر، نعم إن طال زمنه وصار يولى عليه فذاك وسكتوا عن انفساخها بالحجر عليه بالفلس، وهو ظاهر ولا سيما إذا كان الاستعمال ينقصها وينفسخ أيضًا المستعير وجنونه صرح به الرُّويَانِي، وفي انفساخها بالحجر عليه نظر، وفي الإغماء ما أشرنا إليه.

....

فرع: قالا لو مات المستعير لزم ورثته الرد وإن لم يطلب المعير زاد في «البحر» علم بموته أو لم يعلم فلو لم تقدر الورثة على الرد حتى هلك، ضمن من تركة المستعير لو كان مع العدل على ردها ضمنها الورثة مع الأجرة؛ ولذلك لو جنّ المستعير يلزم الولي أن يبادر بردها على المعير، انتهى.

فرع: ذكر الْقَفَّال في «الفتاوى» أنه لو استعار شيئًا فنسي صاحبه فالاحتياط ألا يستعمله من وقت النسيان بل يطلب صاحبه فإن لم يجده رفعه إلى الحاكم حتى يتبعه ويحفظ عنه لصاحبه.

قلت: وكان هذا فيما إذا أنسي من يذكره فلو لم ينسه بل شك في حياته لطول غيبته فالأحوط ما ذكره أيضًا ولكن هل يمتنع عن استعمالها؟ يحتمل أن يقال: إن غلب على ظنه موته بقرينة امتنع وإلا فلا، وأما بيع الحاكم العين فيشبه اختصاصه بما لا يمكن حفظه مع بقاء عينه بلا مؤنة ولا حسبه بلغة لا مطلقًا.

فرع: ذكر الْقَفَّال أنه لوادع العارية من غير ضرورة جاز متعديًا ويجب أن ينزل هذا على إيداعه للآحاد أما لو دفعها إلى الحاكم عند غيبته المالك أو وكيله العدل فيكون كالمودع بل أولى للخروج من العهدة، وقد أوضحت المسألة في «الغنية» هناك.

فرع: ذكر الْقَفَّال أنه لو استعار حليًّا ووضعه في عنق ابنته الصغيرة ثم أمر رجلًا بأخذه من عنقها ووضعه في بيته أي: بيت المأمور، ففعل فسرق فللمالك تغريم المستعير وهل يرجع هو على الرجل إن كان عالمًا بأنه عارية؟ نعم وللمالك مطالبته ابتداء علم أن العارية مضمونة أو جهل، وإن لم يعلم أنه عارية وظنه ملك الأمر فلا شيء عليه، ولو أودع المودع الوديعة عند آخر فعلى هذا التفصيل.

فرع: في كتاب الغصب من «البحر» أنه لو أعار للغراس فغرس ثم مات المعير فمضت مدة لمثلها أجرة، فهل لوارثه طلبها؟ قياس المذهب أن له ذلك وما قاله ظاهر.

....

فرع: أعاره الركوب إلى موضع معلوم فإن صرح له الركوب في العود فذاك، وإن نهاه فذاك، وإن أطلق فوجهان منا، وهما: الوقوف مع اللفظ والنظر إلى العرف هكذا، أو سلمها جماعة وإلا سفه أنه إن أطرد العرف ودلت قرينة ظاهرة على شيء مشى عليه وإلا وقف مع اللفظ، ومن القرائن أن يعير شيئًا منا بالشام تغيرًا ليحج عليه أو فرشًا لبغي وأدار الحرب عليه، فمن المعلوم عادة الإذن في الركوب ذاهبًا وراجعًا، والغرض أن المعير لم يصحبه بل هو مقيم بالشام.

نعم، لو اختلفا من بعد فقال المعير إنما أردت بإطلاقي الإذن في الركوب ذاهبًا فقط، فلي عليك أجرة الركوب راجعًا، فهذا موضع نظر يظهر أثره في الأجرة، وفي ضمان القيمة وفي العود مطلقًا والمتبادر تصديق المعير، وفي النفس منه شيء، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْغَصْبِ

قال المصنف: [هُوَ: الِاسْتِيلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا.

قال الشارح: [قال الرَّافِعِي: هو في اللغة: أخذ الشيء قهرًا وأحسن بعضهم فزاد جهارا، ثم قال والفقهاء يعرفونه بقريب منه كما سيأتي.

وقال ابن فارس وغيره: هو أخذ الشيء مجاهرة، فإن أخذه من حرزٍ سرًّا سمي سرقةً أو مكابرةً، وإن أخذه في صحراء سمي محاربًا، وإن أخذه إسلابًا سمي مختلسًا، وإن أخذه مما أؤتمن عليه سمي خائنًا، وإن أخذه قهرًا بقوة وغلبة سمي غاصبًا، قاله في «البحر» وقد دل على تحريمه من الكتاب والسنن الصحيحة الصريحة، والإجماع منعقد عليه.

قال الْمَاوَرْدِي وغيره وأجمعوا على أن من فعله مستحلًا أي: وهو ممن لا يخفى عليه تحريمه كان كافرًا أو غير مستحل، كان فاسقًا وغصب المال وإن قل من الكبائر، وقيل: يشترط كونه ربع دينار وليس شيء، وحكى عن ابن عبد السلام أنه نقل الإجماع على أن غصب الحبة وسرقتها كبيرة وفي ثبوته نظر.

قال الحليمي: أخذ المال بغير حق كبيرة، فإن كان المأخوذ ماله يفتقر أو كان أبًا وأمًا وإن كان الأخذ بالقهر فهو فاحشة، وكذلك لو كان على سبيل القمار وإن كان المأخوذ شيئًا بإقهار المأخوذ منه عنه لا شين عليه، من ذلك ضرر فهو صغيرة، انتهى.

قال: (**هُوَ: الِاسْتِيلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا**) أي: على وجه التعدي فخرج بذلك الوديعة والعارية والسوم ونحوها، وانتزاع مال المسلم من الحربي نص عليه؛ لأنه مأذون فيه شرعًا، وانتزاع ما بيد صبي ونحوه ليرد على مالكه عند خوف إتلافه.

قال صاحب «الكافي»: لو انتزع المغصوب لبردة فتلفت قبل إمكان الرد أو رأى مال غيره يغرق أو يحترق فأخذه خشية ليرده، فتلف قبل إمكان الرد ولو

....

استنقذ شاة من الذئب ليردها على مالكها، وهو يعرفه فتلفت قبل إمكان الرد، ولو وقفت مدة في الوحل فجرها للمالك فماتت لا بسبب الجر ففي الضمان في هذه الصور وجهان.

قال: والأصح عندي أنه لا ضمان لكنه في هذه الصور الثلاث وجهًا واحدًا بخلاف أخذ المغصوب للرد؛ لأن لا مضمون على الغاصب فيبقى لذلك، قال في آخر الجعالة من «الروضة»، ولا خلاف أنهما لو كانا ببادية فمات أحدهما أخذ الآخر ماله وأوصله وربيبه ولا يكون مضمونًا.

قال القاضي الحسين: وكذا لو غشي عليه ولم يمكنه المقام عنده.

قال القاضي: وجوب أخذه المال إذا كان أمينًا قولان كاللفظ يلتحق بهذا ما لو مات ببلدٍ وترك أطفالًا، ولو سلم مالهم إلى من يتولى أمرهم من خوفه القضاء وأتباعهم لا يستهلكوه جاز صلحًا للفرقة التعرف كما أوضحناه في «الغُنْيَة» وخرج منه أخذ مال غيره بظنه ماله فلا يسمى غصبًا، وإن ضمنه ضمان فالبائن منه حكم الغصب لا حقيقة واشترط بعضهم في الضابط كون الاستيلاء جهرًا لتخرج السرقة، حكاه القاضي الحسين، واستحسنه الرَّافِعِي في شرحه الصغير هذا هو الحدّ المختار عن المصنف وعبارة المحرر الغير وفيها نقص وإن كانت أشهر العبارات، وقد ذكر الرَّافِعِي وغيره في معناه عبارات.

قال المصنف في «الروضة»: وكلها ناقصة والاختيار أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق، قلت: وهذا اختيار القاضي الحسين وإمام وغيرهما، وقال المصنف في تهذيبه: الصواب في حد الغصب أنه استيلاء على حق الغير، انتهى.

وفيه نظر لما تقدم إلا أن يقول: الاستيلاء ما كان عدوانًا وكأنه أخذ ذلك من قول الإمام ولا حاجة إلى التقييد بالعدوان، فقيل: ثبت الغصب وحكمه من غير انتساب إلى بعد فإن من أودع ثوبًا ثم جاء فأخذ ثوبًا بظنه ثوبه ضمنه ضمان الغصب، والمودع إذا استعمل ثوب الوديعة بظنه ثوبه، انتهى وسيأتي إن شاء الله تعالى عنه في الوديعة ما يخالف هذا، وقدمنا أن هذا لا يسمى غصبًا ولا

فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يُنْقَلْ.

يلزم من ثبوت يوجب الغصب ثبوت الغصب، فالمستعير يضمن العارية ضمان الغصب على رأي مشهور، صححه جماعة ولا غصب وفاقًا.

واعلم أن القاضي الحسين قال في أخريات اللفظ من «تعليقه»: أنه لو دفع لعبد غيره شيئًا يوصله إلى بيته من غير إذن مالكه كان غاصبًا؛ لأن مثل هذا لا يدخله في ضمانه بالعارية وما ضمن في العارية يضمن في الغصب، هكذا جزم به وطرده فيما إذا استعمله في ثقيل، قاله ابن الرِّفْعَة وما تعرف بين كونه أعجميًا ترى وجوب طاعة أمره أو لا، وهذا إن سلم ورد على الحد الذي اختاره المصنف وغيره من العبارات، ثم رأيت عن الْبَغَوِي بعد كلام القاضي أنه لا يضمن إلا إذا اعتقد طاعة الأمر كالأعجمي والصغير وعند المرأة مع زوجها.

فرع: لو وكَّل في الغصب فالغاصب الوكيل إلا إذا وكَّل أعجميًا أي: ورضي طاعته أو صغيرًا لا يعقل ويدخل في ضمانه بأمره السابق، قاله القاضي الحسين وغيره.

قال: **(فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يُنْقَلْ)** أي: على الأصح لحصول الاستيلاء، وقيل: لا بُدَّ من النقل، وإطلاق الرَّافِعِي وغيره في كتاب البيع يقتضيه، وبه جزم القاضي أبو الطيب في الدابة.

قال في «المجرد»: لا يتعين بالقبض في العقود، ولا يصير قابضًا لها حتى يبلغها.

قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكون المسألة مصورة فيما إذا قصد الجالس أو الراكب الاستيلاء، أما إذا لم يقصد ففي «التتمة» في كونه غاصبًا وجهين، وأغفل في أصل الروضة هذا، وقال في أصل المسألة: أصحهما أنه غاصب سواء قصد الاستيلاء أم لا، قلت: وفي ترجيح كونه غاصبًا إذا لم يقصد الاستيلاء نظر، والمذكور في «فتاوى الْبَغَوِي»، وقال في «الكافي»: لو جلس على بساط الغير لا عن قصد الاستيلاء عليه لا يكون غاصبًا حتى لو تلف ذلك الوقت بآفة سماوية لم يضمنه، انتهى.

....

وليس الوجهان في «التتمة» في كونه غاصبًا بل في كونه ضامنًا، ورمز الْمُتَوَلِّي إلى الفرق بفعله؛ لأن ضمان الغصب ضمان عدوان، وإذا لم يقصد منع المالك لا يوصف بالعدوان وإن ضمناه.

تنبيهات مختصرات من «الغُنْيَة»:

الأول: قال الْمُتَوَلِّي إثر المسألة: لو كان بين يديه شيء من المنقول فأخذه إنسان ينظر هل يصلح له ليشتريه أو ليعمل له مثله فتلف في يده ضمنه، ولو دخل دارًا لينظرها أو لبناء مثلها فتهدمت في تلك الحالة لا ضمان على الصحيح، وذكر ما سقناه في «الغُنْيَة» من كلامه وكلام الرَّافِعِي بما فيه.

والحاصل من كلام الْمُتَوَلِّي أن في الركوب والجلوس وجهين في الضمان، وأخذ المنقول من بين يديه يضمن قطعًا، وعنده في الحالين الضمان ضمان عارية لا غصب، والرافعي نقل الوجهين في الركوب والجلوس أحدهما أنه غاصب والآخر أنه ليس بضامن أصلًا لعدم النقل، وهذا غير ما نقله الْمُتَوَلِّي، وقال القاضي الحسين: من دفع كتاب شخص من بين يديه أن بعد الاستيلاء ضمن، وإن فقد نظره ورده في الحال لم يضمن وإن خطا خطوات ضمن.

وقال الإمام: إنه إذا رفعه لينظر إليه لم يضمن على المذهب الظاهر، انتهى.

ويحتمل أن يقال فيما ذكره الْمُتَوَلِّي أن رفعه للمشتري وهو معد للبيع، فمستلم يضمنه ضمانة ولا غصب، ولأن بغصبه لاطراد العرف به، ورضي ربه وإن رفعه بقصد الاستيلاء، فغاصب لا محالة فإن قصد النظر إليه ليعمل له مثله، فإن ظهر له رضي ربُه بذلك، فمستعير حكمًا وإن لم يظهر له شيء ففيه نظر، وأما ركوبه الدابة فيظهر أن يقال إن لم تكن معروضة على البيع، ففي كونه غاصبًا لمجرد الركوب إذا لم يبين له رضي المالك ما سبق، وإن كانت قد أوقفت للبيع بالسوق أو غيره وصاحبها حاضر فمستلم وإن سترها خطوات للإحسان لاطراد العرف به، وإن رضي المالك به، وفي العادة الثاني الْمُتَوَلِّي إنما حكى الوجهين في الجلوس على البساط فيما إذا كان المالك غائبًا، فإن كان حاضرًا فأزعجه

وَلَوْ دَخَلَ دَارِهِ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا ....

عنه ضمن، وإن تركه على البساط فإن كان لا يمنع المالك من التصرف فيه لو أراد لم يضمن، ثم إن كان لما استوفاه عوض في العادة ضمن أجرة مثله، وإن كان يمنع المالك من التصرف فيه لو أراد جاء ضامنًا كذا أطلق.

قال الرَّافِعِي: وقياس ما يأتي من العقار ألا يكون ضامنًا إلا بصفة، قلت: وبه صرح شيخه القاضي الحسين فيما إذا زجره المالك فلم ينزجر فيجوز تنزيل كلام الْمُتَوَلِّي عليه، ويجوز أن يقال إذا كان يمنعه من التصرف كما ذكر هو أقوى من مالكه بقوى كونه غاصبًا للكل لما يأتي في العقار إذا عرفت هذا يقول «المنهاج»: فغاصب يجب حمله على إرادة إثبات الغصب أعم من الكل أو البعض، فإن لم يكن المالك معه على البساط فغاصب بكله، وإن كان فغاصب لنصفه، وعبارة المحرر الاستيلاء بركوب دابة الغير أو الجلوس على فراشه، ولا إيراد عليها لغرضه الاستيلاء مع ذلك، وقصد المصنف بإطلاق أن ذلك استيلاء فهو أكثر فائدة لكونه قد تعرض على غير وجه الاستيلاء، ويأتي فيه ما سبق عن الْمُتَوَلِّي والقاضي والإمام في الكتاب وغيره.

قال: (**وَلَوْ دَخَلَ دَارِهِ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا**)، أي: أخرجه وانفرد باليد عليها، واعلم أن قضية عبارة المحرر ومختصراته أنه يصير لمجرد ذلك غاصبًا وإن كان منفردًا قصد السكنى أو لا لوجود الاستيلاء حسًا.

وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز» قوله: يثبت الغصب بالدخول، وإزعاج المالك هذا القدر لا يكفي لحصول الاستيلاء بل لا بُدَّ من ظهور الانتفاع بالدار انتهى.

وكأنه أخذ مما سيأتي عن الإمام، وقال ابن الرِّفْعَة في المطلب: وإذا اجتمع الإزعاج والدخول الحالي عن هيئة السكون فالأقرب أنه غصب؛ لأنه قرينة دالة على الاستيلاء انتهى.

وهذا أحق وعبارة الشيخين، فإن أزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى فهو غاصب سواء قصد الاستيلاء أو لم يقصده؛ فإن وجود نفس الاستيلاء يغني عن قصده انتهى.

أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ فَغَاصِبٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ.

ولا شك أن هذا غصب لكن قوله بأهله على هيئة من يقصد السكنى يفهم التقييد بذلك، وبه قيد شارح إطلاق «المنهاج» وعبارة «الروضة» فيما وقفت عليه، وأما العقار فإن كان مالكه فيه فأزعجه أو دخل الدار أو دخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى إلى آخره، وهذه الألف التي قبل الواو سبق قلم من بأقل أو غيره، وأصل ذكر الأهل قول الإمام: ولو دخل الدار بنفسه وأهله وماله واستولى استيلاء المنتفع، وأغلق الأبواب بأغلاقها، فهو استيلاء محقق صوره من غير حاجة إلى فرض قصد انتهى.

ومعلوم أن هذه الأمور ليست بقيود كلها، ولم يصرح الْغَزَالِي على ذكر شيء من ذلك، ولفظ «البسيط» إذا أزعج المالك عن الدار ونزل فيها، أو لم يصادف المالك فهو غاصب ضامن.

قال: (**أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ فَغَاصِبٌ**) أي: في الحالتين السابقة وهذه، (**وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ**) يعني هذه الحالة، أقول للثانية الأولى ألا يوجد سوى الإزعاج، فلا ضمان قطعًا، قاله الإمام وغيره، وصورته أن يمنعه داره ولا يستولي عليها كما لو أرسل ظالم يأمره بالخروج منها فخرج، وقال الإمام: كما لو أقطع المالك عن حفظ ملكه وحال بينه وبينه، انتهى.

وسيأتي هذا الثاني أن يضم إلى الإزعاج وهو الإخراج، الاستيلاء عليها، وإليه أشار بقوله: وقهره على الدار وهذا يحصل بأن يحضر ويستولي عليها، أو لا يحضر ولكن بقيت في يده وقضيته عرفًا كما هو الحاصل في قبض الرهن والهبة والمبيع عند التخلية.

قال الرَّافِعِي: الذي دل عليه كلام الأصحاب أنه غاصب، وأطلق في «الوسيط» و«الوجيز» أن من أزعج ولم يدخل لم يضمن وإن غصب العقار، وإنما يكون بالدخول والإزعاج، انتهى.

ويجوز حمل كلامه على الحالة الأولى التي ذكرها أمامه، وعبارة «البسيط»: ولو أزعج المالك ولم يدخل لم يضمن؛ لأنه لم يبيت به والدار في حكم يد المالك ما لم يدخلها وكذلك يقدر على بيعها، انتهى.

وَلَوْ سَكَنَ بَيْتًا وَمَنَعَ الْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ، وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الِاسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ الْمَالِكُ فِيهَا فَغَاصِبٌ، ....

وفيها رمز إلى ما ذكرناه، ولولا قوله: ما لم يدخلها، لكانت نفيًا فيما قاله إمامه، والرافعي يمسك بظاهر لفظ الْغَزَالِي، ولذلك قال في «المحرر»: والأشبه أن يصير غاصبًا، وإنما قال: والأشبه لأنه لا يقل صريح عنه والمصنف صرح بالغصب، ونقل وجه فيه، وهو إقامة لكلام الْغَزَالِي وجهًا، وابن الرِّفْعَة أثبت الخلاف من أنه يعتبر في الغصب قبض البيع أم لا، ذلك أن تقول قبض المبيع هنا حاصل والاستيلاء حاصل فلا خلاف، وقيد الرَّافِعِي هذه الحالة بما إذا أخذ المفتاح وأخذه ليس بشرط، فقد يحصل التمكن دونه، فإن حصل دونه فقابض وإن لم يحصل التمكن معه لم يحصل قبض ويكون غاصبًا للمفتاح فقط.

تنبيهات: قال الْمُتَوَلِّي: عقبة الحالة الأولى والأقمشة التي في الدار إن منع المالك من نقلها صار ضامنًا وإلا فلا، وفي «الكافي»: لو نزل بعدي دار إنسان وأخرجه عنها كان غاصبًا لها بما فيها من الأقمشة، وإن لم يستعملها ولا نقلها عن أماكنها، وفي «البحر»: أنه لو دفعه عن صبرته أو متاعه، ويحتمل عندي وجهًا آخر أنه يضمن، قال: ولو غصب دارًا فيها متاع ولم ينقله هل يصير غاصبًا؟ له وجهان على قياس ما ذكرناه، قلت: الأقرب كونه غاصبًا لوجود الاستيلاء كما أجاب به في «الكافي» والاستيلاء على الظرف استيلاء على المظروف، ويحتمل أن يقال إن قصد الاستيلاء عليه أو منع المالك أخذه كان غاصبًا له وإلا فلا.

قال: **(وَلَوْ سَكَنَ بَيْتًا وَمَنَعَ الْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ)** لقصره الاستيلاء عليه.

قال: **(وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الِاسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ الْمَالِكُ فِيهَا فَغَاصِبٌ)** أي: وإن ضعف الداخل وقوي المالك على الصحيح لوجود الاستيلاء، وأثر القوة سهولة الانتزاع.

قال في «الشامل»: ولو دخلها فغلبها داره فإنه يضمنها، قاله القاضي:

وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ الدَّارِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفًا لَا يُعَدُّ مُسْتَوْلِيًا عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ.

يعني شيخه في «المجرد».

قال في «البحر»: وسمعت فيه وجهًا بخراسان أنه لا يضمن بهذا القدر، قلت: وهذا أوفق لما سنذكره، وفي فتاوى القاضي الحسين أنه لو دخل سارق دارًا فلم يمكنه الخروج وبقي بها زمانًا مختفيًا لا يلزمه أجرة المثل؛ لأنه لم يستول عليها، بإزالة يد المالك عنها بخلاف، انتهى.

إشارة: احترز بقوله بقصد الاستيلاء عما لو دخلها زائرًا أو متفرجًا أو ليبني مثلها أو ليشتريها أو مستأجرها، وفيه وجه: أنه يضمن لثبوت يده عليها، قيل: هل قولهم وليس المالك فيها قيد مطلقًا؟ قلت: الظاهر أنه مثال وأن حضور من يخلفه من مكنز وحائط ومستعير كحضوره، وكذلك لو كان أهله وولده بها ولم يزعجهم لعدم الاستيلاء عليها فيكون الحكم ما يذكره.

قال: **(وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ الدَّارِ)** لاجتماع يديهما واستيلائهما، قاله القاضي الحسين والإمام والبندنيجي أنه لا نص للشافعي والأصحاب والقياس هذا، وقال الشيخ يعني: أبا حامد: لو قيل: لا يضمن شيئًا لكان مذهبًا كمن أمسك بعنان دابة وصاحبها راكب، وهذا ما رجحه في «البحر» وهو الجواب في «الشامل» و«البيان».

قال: قلت: هل العرض على الأول فيما إذا كان المالك بمفرده في الدار مع الغاصب؟ لا غير أم لا فرق بين كون الدار معروفة بملك صاحبها أم لا؟

قلت: لم أر في ذلك شيئًا وهو محتمل.

قال: **(إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفًا لَا يُعَدُّ مُسْتَوْلِيًا عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ)** أي: فلا يكون غاصبًا لشيء منها؛ لأنه والحالة هذه لا يتحقق منه الاستيلاء، قيل: وهذا المعنى يقتضي أنه لو انعكس الحال فإن كان الداخل قويًا والمالك ضعيفًا لا بُدَّ له مع قوة الداخل فلا غيره لحضوره، ويكون الداخل غاصبًا لجميعها إذا قصد الاستيلاء عليه، وقد سبق مثله في المنقول.

وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّد، ....

إشارات: حيث لا يحصل الداخل غاصبًا لزمه أجرة المثل بشرط ضبط الإمام الفصل بأن كل ما يعده أهل العرف استيلاء باليد في عقار أو منقول فهو غصب ومالًا كالحيلولة بين المالك والمالك بحسن أو إزعاج، فليس بغصب وإن جوزوا الأمرين قيمة إلى القصد حكم الأرض كالدار حتى لو غرقها سيل أو علاها رمل في يده ضمنها، لا يرى غاصب العقار يتركه والإعراض عنه حتى يعود إلى صاحبه.

قال: **(وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّدُّ)** أي: على الفور عند التمكن طولب به أم لا، ويرد على المالك أو وكيله أو وليه ومؤنته عليه، وإن عظمت للحديث السابق «على اليد ما أخذت»[١].

قال في «البحر»: ولذلك لو خلطه بحبة مثل صغار الحب بكبار والبيض بالسمن انتهى.

وقيل: إن احتاج في رد الطعام ونحوه إلى مؤنة كثيرة بل يلزمه مثله انتهى، وقبل أن يحتاج في رد طعامٍ ونحوه إلى مؤنة كثيرة، قاله الْمَاوَرْدِي هكذا نقلته عنه في «الغُنْيَة» تبعًا لبعض الشُّرَّاح، وقال في «البحر» يلزمه جمعه وردهُ، وقال في «الحاوي» إن ثبتت مؤنة جمعه فللمالك مطالبته برده وجمعه، وإن كثرت المؤنة فوجهان انتهى، وسيأتي في رد الخمر على الذمي كلام، وفي الحصاد على الغاصب الرد إلا عند وجود تسع خصال، أن يكون المغصوب مركبًا في اللجة[٢] أو لو جاء في سفينة فيها، أو خيطا خيط خرج آدمي، أو حيوان لا يؤكل وخيف هلاكه، أو غصب طعامًا وخشي التلف إلا أن يأكلها، أي: وصاحبه غير منظر إليه أو غصب أمه ولده أو شريكه فأحبلها انتهى، ولا يخفى فيه.

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: لو رد المال إلى ذلك المالك أو الدابة إلى إسطبله فإن علم به وشاهده برئ عن الضمان، ولذلك إن أخبره من يعتمد خبره أن فلانًا رد المال إلى دارك يزول الضمان لعود سلطانه، فأما قبل أن يعلم به إلا بزوال

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) اللُّجَّة: معظم الماء.

فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ، وَلَوْ أَتْلَفَ مَالًا فِي يَدِ مَالِكِهِ ضَمِنَهُ.

الضمان انتهى، وفيما أطلقه نظر.

قال: **(فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ)** أي: ما هو مال ضمنه أي: إن كان من أهل الضمان فلا يضمن الحربي وإن أسلم من بعد، وأصل تضمينه ما تلف عنده مجمع عليه، ويستثنى من الطرد والعكس مسائل: فمن الأولى: قالوا في المالك من لا يعقل أو يرى طاعة أمره بإتلافه أو أمر الغاصب بقتله، أو غصب مرتدًا أو قاتلًا أو مجابًا أو سارقًا، فقتل أو قطع في يده، فعلى الوجهين فيما لو قتل أو قطع بيد المشتري، ولو قتل العبد بيده عندما قبض سيده فلا شيء له على الغاصب، قاله في «البحر» وجزم الْمُتَوَلِّي بأنه لو غصب مستحق القتل برده أو جزائه ثم قتله لم يضمنه، وسيأتي ما فيه.

ومن الثاني لو ارتدَّ في يده أو إلى ما يوجب قود أو قطع سرقة فقتل أو قطع بعد رده، فإنه يضمنه، وكذا لو بيع في الجناية أو عقر الدابة أو خرج العبد فهلكا بذلك بعده درهمًا، ولو بقيت عنده ثم ردها فماتت من الطلق ضمنها ولو أودعه مالكها أو رهنه منه أو أجره إياه، والمالك جاهل بالحال فهلك عنده لم ير الغاصب من ضمانه، وقيل على القولين في أكله طعام نفسه.

فرع: لو حال المغصوب على مالكه فقتله دفعًا لم ير الغاصب وكأنه مفرع على الأصح على قتل المشتري له قبل القبض دفعًا.

قال: **(وَلَوْ أَتْلَفَ مَالًا فِي يَدِ مَالِكِهِ ضَمِنَهُ)** أي: إجماعًا إلا ما يستثنى فمنه العبد المرتد والحيوان الصائل من عبد وغيره فقتله بيد مالكه دفعًا، ومنه القاتل حرابة وجزم الْمُتَوَلِّي كما سبق بأنه لو غصب مستحق القتل بيعه أو ضمانه، ثم قتله لم يضمنه كما لو قتله في يد مالكه وإن مات عنده ففي ضمانه وجهان.

قلت: المنقول عن «شرح التلخيص» لأبي عليّ أنه إذا تلف المرتد عند الغاصب ضمنه كما أوضحته في «الغُنْيَة» وفي فتاوى الحناطي: أنه لا غبن على من قتل تارك الصلاة على أصح الوجهين، ومن المستثنى كسر الباب ونقب الجدار في مسائل الظفر كما سيأتي، وما إذا لم يتمكن المنكر من إراقة الخمر ونحوه إلا بكسر آنية وما أشبه ذلك مما سيأتي ومنه ما إذا لم يتمكن من دفع

وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى الْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ ضَمِنَ، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ لَمْ يَضْمَنْ.

الصائل قاطع الطريق إلا بعقر جواده وكسر سلاحه، وما يتلفه العادل على الباغي حالة الحرب وعكسه ما يتلفه الحربيون علنًا، والعبد في يد سيده على سيده.

إشارة: لو قال المصنف: ولو أتلف من يضمنه مالًا في يد مالكه بغير حق يخرج أكثر ما ذكرناه وهذه الأشياء ونحوها وإن ذكرت في مواضعها فقد يغفل عنها هنا أو يجهل.

فرع: دخل دكان حداد وهو يطرق الحديد فطارت شرارة فأحرقت ثوبه، فهدرًا وإن دخل بأذن الحداد، قاله القاضي الحسين.

قال: (**وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى الْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ أَوْ مَنْصُوبٍ**) أي: لا يضيع ما فيه بالفتح.

(**فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ**) أي: لتحريك الوكاء وجذ به ونحو ذلك.

(**وَخَرَجَ مَا فِيهِ ضَمِنَ**) لأنه في الأولى مباشر، وفي الثانية متسبب إذ التلف ناشئ عن فعله، وكذا لو سقط بقصد تحصيله به، فإن فتح رأسه فأخذ في التقاطر شيئًا فشيئًا حتى أنيل أسفله وسقط ضمن، وكذا لو نقل به أحد جانبية فسقط، وكذلك المنتصب الذي يذهب ما فيه لمجرد الفتح أو كشف الغطاء كفورانه وغليانه وإنما يمنعه الخروج الوكاء والغطاء كما رمزنا إليه من قبل.

قال: (**وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ**) أي: ونحوه كسيل أو زلزلة أو وقوع طائر ونحوها.

(**لَمْ يَضْمَنْ**) إذ الخروج لم يوجد بفعله.

قال في «الشامل» و«البحر»: ولم لم يعلم كيف سقط لم يضمن لأن الظاهر أنه بأمر حادث قاله في «التجربة» هذا كله فيما إذا كان المطروق مانعًا لا يضيع بالفتح إن كان جامدًا أو طلعت الشمس فأذابته أو ذاب بمرور الزمان وتأثير جوازه الريح ضمنه على الأصح؛ لأن الاندفاق حصل من فعله لا معنى آخر.

قال في «البحر»: وغلط من قال غيره قال الجرجاني: وغيره هذا إذا كان

....

على صفة لو كان فيه مانعًا اندفق عقبه أما لو كان على صفة لو كان فيه مانعًا لم يندفق عقب الجل لم يضمنه.

فروع وتنبيهات:

منها: لو احترز بقوله بعارض ريح عن المعارف للفتح فإنه يضمن، قال ابن الرِّفْعَة: ولا يبعد تخريجه على الخلاف فيما إذا وضع شيئًا في مسبغه فأفرشه سبع فلا ضمان على الأصح ولم يتعرضوا له، قلت: في التخريج نظر.

ومنها: قال في «البحر» و«الحاوي»: لو كان ما فيه بطء والذهاب كالدبس والخل والغسيل القوي فاندفع سيرًا حتى نفذ، فإن كان مستعلي الرأس قلت: زمانًا لا يندفع منه شيء ثم اندفع فلا ضمان، وإن اندفع في الحال أو كان رأسه منكسًا فإن لم يقدر مالكه على شده حتى ذهب ما فيه ضمنه وإن تركه فوجهان.

ومنها: قال في «الروضة»: ويجري الوجهان في إذابة الشمس للجامد فيما لو أزال أوراق العنب وجرد عناقيده للشمس فأفسدتها وفيما لو ذبح شاةً فهلكت سخلتها، أو حمامة فهلك فرخها.

قلت: قال الْمُتَوَلِّي: وفيما لو أراد سوق الماء إلى زرعه ونخله فمنعه ظالم منه حتى جف أو فيما كان له شمس جامد على طبق فقرب النار منه حتى ذاب وسال أو نقله من الظل إلى الشمس حتى ذوبته.

ومنها: قال: فلو جاء آخر فقرب النار ومن الحاصل مذاب وضاع، فقيل: يهدر والأصح يضمنه والباقي، قال: ويجري الوجهان فيما لو قرب المفتاح النار.

قلت: هذا بعيد والمذكور في «الحاوي» و«البحر» أنه يضمن هنا وجهًا واحدًا التفرد بهتك الحرز والأخذ، فإنه يقطع قطعًا وهذا هو الوجه ولا شك فيه إذا كان ضار، وتأخير الفتح على إذابته بالنار ما لو غيره ذلك بعد فتحه فيحتمل، لكنه كغيره.

ومنها: لو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن، أو بحادث كهبوب ريح

وَلَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ ضَمِنَهُ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الْفَتْحِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِذَا طَارَ فِي الْحَالِ ضَمِنَ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ فَلَا.

أو غيره، فلا وإن لم يظهر حادث لسقوطه، قلت: فرقوا في «الحاوي» و«البحر» و«البيان» وغيرها بأن المهلكات وهو حسن صحيح، ويظهر أنه لو حرك هذا وغيره الماء حتى هلكت بأن يكون الحكم كما سبق في تقريب النار وأولى بالضمان.

قال: **(وَلَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ)** أي: في الحال.

(ضَمِنَهُ) قال الْمَاوَرْدِي: إذا حل رباط بهيمة فشردت أو فتح قفصًا عن طائر فطار، فإن كان ذهابهما بتهيجه وتنفيره ضمنهما إجماعًا.

قال: **(وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الْفَتْحِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِذَا طَارَ فِي الْحَالِ ضَمِنَ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ فَلَا)** لإشعار الأول بالتنفير، والثاني بالاختيار.

وقال الرُّويَانِي في «الحلية» وقال مالك: يضمن بكل حال وهو القياس، وقيل إنه قول الشَّافِعِي في القديم وهو الاختيار انتهى، وما اختاره ظاهر والثاني يضمنه في الحالين وصححه جماعة.

قال الرُّويَانِي واختاره أبو إسحاق وابن أبي هريرة: والثالث عكسه وصححه القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب»، وقيل: إن كان الدنو منه هيجه ضمنه، وإلا فلا قولًا واحدًا وفعل هذه الآن أطرقا أشبه حاصلها كما قال الدارمي أن ينفر الطائر والدابة وإن لم ينفروا وقفا ثم مضيا فلا، وإن لم ينفروا ولم يقفا فله طرق عكسية قولان أشار الإمام في باب السرقة إلى احتمال أنه وإن كانت البهيمة بصورة [حادثة] الحمل على التنفير بحل رباطها، وفتح باب القفص وإن كانت أليفة إنسية مطمئنة فاختيارها أغلب، ونقل هنا عن شيخه أنه كان يفرق بين الحيوان النافر بطبعه وبين الإنسي وأنه جعل خروج الإنسي على الاتصال كخروج النافر على الانفصال، وقال: إنه يتعايش، وفي «البسيط» أنه منحه فلم يذهب إليه غيره.

فروع: قالا في «الحاوي» و«البحر»: لو أمر طفلًا أو مجنونًا بإرسال طائر

....

في يده فأرسله فطار فهو كفتح القفص عنه إن نفره أو أمر الطفل بتنفيره ضمنه، وإن لم ينفره ضمنه ولبث ثم طار فلا، وإن طار في الحال فوجهان، قلت: وهذا حيث لا يميز أما لو كان مميزًا أو قلنا عهده عهد ففيه نظر وينبه أن يقال أمره غير المميز وبين يدي طاعة أمره احتمالًا بالإرسال، فضمن قطعًا لما سيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى في «الروضة» عن «فتاوى الْقَفَّال»: هل التضمين نظر أنه في الحال أنه لو وثبت هرة لمجرد الفتح فدخلت فعليه ضمنه؛ لأنه في معنى إغرائها.

قلت: وهذا فيما لو كانت حاضرة حين فتحه، يعلم أنها وإلا فهو كمطرد وهبوب الريح على الرق عقب فتحه، وأنه لو اضطرب القفص لخروج الطائر فانكسر ضمنه الفاتح، وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة ضمنها، وأنه لو كان شعير في طرف مسدود ووثبه حمار ففتحه فأكله الحمار في الحال ضمنه الفاتح.

قلت: قال في «البحر»: لا يضمنه وفيه وجه، انتهى.

وعدم الضمان منسوب إلى العراقيين وقياسهم ألا يضمن القفص والقارورة، وصرح الْمَاوَرْدِي والروياني بأنه لو حل رباط بهيمة فأكلت علفًا وكسرت إناء في الدار لم يضمنه سواء اتصل ذلك بالحل أم لا، ولو كان الطائر في القفص فأخذ يدنيه قليلًا قليلًا ثم طار فكما لو طار عقب الفتح، قاله القاضي الحسين، وكذا لو حل رباط البهيمة في أقصى الإصطبل فأخذت في المشي إلى أن خرجت حل رباط البهيمة، وفتح الإصطبل كما ذكر في القفص فلو خرجت في الحال أو أتلفت زرعًا.

قال الْقَفَّال وابن كج: إن كان نهارًا لم يضمنه الفاتح أو ليلًا ضمن، وقال العراقيون: لا يضمن وبه جزم في «البحر» لو حل قيد عبد مجنون أو فتح باب السجن فذهب، قال المصنف تبعًا لبعض المراوزة فيحل رباط البهيمة وإطلاق «الحاوي» وغيره يقتضي أنه لا ضمان، وكذا الرُّويَانِي فإنه قال في «البحر»: لو حل القيد فهرب لم يضمنه، سواء هرب من ساعته أم بعده.

وَالْأَيْدِي الْمُتَرَتِّبَةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْغَصْبَ، ثُمَّ إِنْ عَلِمَ فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَالْعَارِيَّةِ، ....

وقال بعض أصحابنا: إن كان مجنونًا يحتمل أن يضمن، وقال المصنف: وإن كان عاقلًا غير آبق فلا ضمان، وكذا إن كان آبقًا على الأصح، وقيل: كحل البهيمة ففصَّل، وعبارة «البسيط»: لو فتح باب الدار فانطلق عبد مجنون يشبه فهو كالطيران، وإن آبق عبد مميز فلا ضمان على الأحوال، وأما العبد الآبق إذا حبس أو قيد فالمذهب أنه لا يجب الضمان؛ لأنه مختار في فعله والعبد من خروجه على الطير انتهى.

قال: **(وَالْأَيْدِي الْمُتَرَتِّبَةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْغَصْبَ)** لأن الجهل يسقط الإثم لا الضمان، وقد وضع يده على مال غيره بلا إذن معتبر، والمراد من الأيدي المترتبة على يده ما كانت مبنية على يد الغاصب خالفة لها كأنها نائبة عنها، فيخرج بذلك الغاصب من الغاصب، فإن ضمانه مستقل ويخرج به من انتزع العين من غاصبها ليردها على مالكها على قول إذا كان الغاصب ذميًا أو مسلمًا وعلى المنصوص الذي قطع به الجمهور إذا كان حربيًا فالصورتان ليستا مراده، وأن تضمينها ظاهر كلامه ولا خفاء أن أيدي الحكام الثقات وأمنائهم غير ضامنة لوضعها على الحظ والنظر للمغصوب منه.

إشارة: ذكر في «الروضة» أنه لو زوج الغاصب المغصوبة فهلكت عند الزوج لم يطالب بقيمتها قطعًا، وقيل: كالمودع وهذا يفهمه كلام «المنهاج».

قال: **(ثُمَّ إِنْ عَلِمَ فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ)** أي: فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب وإن تلفت العين عنده ففي أداء الضمان عليه ويذكر ما سبق في التلف عند الغاصب.

قال: **(وَكَذَا إِنْ جَهِلَ)** أي: الثاني الغصب.

(وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَالْعَارِيَّةِ)؛ لأنه دخل في العقد على الضمان.

وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ، وَمَتَى أَتْلَفَ الْآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلًّا بِهِ فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا، وَإِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَامًا مَغْصُوبًا ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ فَكَذَا فِي الْأَظْهَرِ.

(وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ) فالقرار على الغاصب أي: على الأصح لغروره؛ لأن المودع دخل على أنه نائب مؤتمن. والثاني: يستقر على المودع، والثالث: لا يطالب أصلًا وسبق عن الْقَفَّال في إعارة الحلي ما يوافقه.

قال: **(وَمَتَى أَتْلَفَ الْآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلًّا بِهِ)** أي: الإتلاف وهو من أهل الضمان.

(فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا) أي: سواء كانت يده يد ضمان أو أمانة إذا الإتلاف أقوى من اليد المعادية.

إشارة: قيل: احترز بقوله «مستقلًا به» عما لو حمل عليه كما سيأتي فيه ولننظر لو فيما أودع الغاصب العبد أو الفحل والمودع جاهل بالحال وصال عليه العبد أو الفحل فقتله دفعًا فيبعد ألا يكون القرار عليه.

فرع: في «فتاوى الْقَفَّال والبغوي»: لو غصب شيئًا فجاء عبد المالك، فأتلفه في يد الغاصب ضمنه الغاصب ولا يرجع بدله على العبد، كما لو تلف بآفة سماوية أو أتلفه جزي، قال جامعها وفيه إشكال ويضمن ما يتلف فيما يستثنى من إطلاقه، ولو أتلف مالًا في يد مالكه ضمنه فقد يستثنى منه هنا شيء.

فرع: غصب من غاصب فهلك بيد الثاني ثم أبرأ المالك الأول لم يبرأ الثاني بخلاف العكس؛ لأن القرار على الثاني والأول كالضامن له، قاله الْقَفَّال في «الفتاوى».

قال: **(وَإِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَامًا مَغْصُوبًا ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ فَكَذَا فِي الْأَظْهَرِ)**؛ لأنه المتلف وإليه عاد نفعه، والثاني: القرار على الغاصب؛ لأنه غرَّه فعل الأظهر إن غرم الغاصب رجع على الضيف، وأن غرم الأكل لم يرجع على الغاصب، وعلى الثاني الحكم بالعكس، وحكى الْمَاوَرْدِي وغيره عن

وَعَلَى هَذَا لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ بَرِئَ الْغَاصِبُ.

البصريين أنه إن غرم المالك الأكل رجع على الغاصب قولًا واحدًا، وإن غرم الغاصب ابتدءًا لم يرجع على الأكل قولًا واحدًا على هذه الطريقة، وهذا الخلاف إذا لم يقل الغاصب للضيف الأكل هو ملكي، فإن قاله وضمنه الغاصب؛ فالمذهب أنه لا يرجع عن الأكل قطعًا لاعترافه بأنه مظلوم.

وقال المُزَنِي: يرجع وغلَّطوه، ويجري القولان في الهيئة وإتلاف المتهيئ، وأولى الاستقرار عليه، والظاهر أنه إذا لم يكن الغاصب.

قال: إن العين ملكه كما في الضيافة، ولو أمر إنسانًا بإتلاف المغصوب فالقرار على المتلف قطعًا.

وقيل: على القولين وفرق لمن الإتلاف به حرام بخلاف الأكل، وفيه شيء إذا زعم الغاصب الأمر به ملكه.

إشارة: استثني من قوله: «وإن جهله الغاصب إلى آخره» ما لو غصب شاةً ونحوها فأمر قصابًا فذبحها ففعل جاهلًا بالحال فالقرار على الغاصب، ولا يخرج على القولين في أكل الطعام فإنه ذبح للغاصب. وقال انتفع بأكله وكل من استفاد به الغاصب في طحن أو خبز وغيرها كالغاصب.

وفي «البيان»: أن الأصحاب أطلقوا المسألة وأن القرار على الغاصب، وإن الذي يقتضيه المذهب فرضها في الجاهل، فإن علم أنها مغصوبة فذبحها لم يرجع بما غرم على الغاصب، وللغاصب الرجوع عليه بما غرم؛ لأنه غاصب في الحقيقة، انتهى.

وهذا صحيح إن كان المراد أرش ما بين قيمتها حية ومذبوحة، وإن كان المراد غرامة كل القيمة وقد أكلها الغاصب فلا؛ بل يرجع عليه إذا غرم بقيمتها مذبوحة ويحط الزيادة فقط.

(وَعَلَى هَذَا) يعني: على الأظهر في أكل الضيف.

(لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ) أي: جاهلًا به.

(بَرِئَ الْغَاصِبُ) تقديمًا للمباشرة وعلى الخلاف لا يبرأ.

فَصْلٌ

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ تَحْتَ يَدٍ عَادِيَةٍ، ....

قال الرَّافِعِي: وربما حصره العراقيون.

قلت: قال في «التتمة»: وهو المنصوص، وفي «البحر»: إنه الصحيح المنصوص، وصححه الجرجاني وابن أبي عصرون، والحاصل في براءة الغاصب في هذه الحالة طرق البراءة عدمها قولان، ويقال: وجهان.

قال في «البحر»: ولو علفه دابة مالكه أو أطعمه عنده بإذنه ولم يعلم هو فيسعى أن يكون على القولين، وهذا عجب منه، فإنه نقل معظم أحكام المسألة من «الحاوي» وفيه أن هذه الصورة على طريقين: أحدهما: يرجع قطعًا، والثاني: على القولين.

قال:

(فَصْل:

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ تَحْتَ يَدٍ عَادِيَةٍ) أي: المغصوبة بقيمته تلف، أو أتلف تحت يدٍ عاديةٍ يعني: بتخفيف الياء يعني: معتدية فتحسب قيمته ما بلغت، وإن زادت على أعلى الرأيين كسائر المال سواء العين والمدير أم الولد والمكاتب، وإنما قيدت بالمعفو به لما سبق في قتل الضليل والمحارب والمرتد وتارك الصلاة.

وعن الشيخ أبي علي ما ينازع في هذا الإطلاق إنما قال: عارته للترتيب، ولو قال ضامنه: حصل المقصود ودخل المستعير والمسامر وغيرهما، وخرج الحربي وعبد المالك.

فروع: في «فتاوى الْقَفَّال» لو قتل ضعيفًا فقال: لو كان منفردًا غرامه كم يساوي؟ فقال: مائة. فيقال: لو كانت أمة على صفتها وهي من منقحة عليه كم قيمتها؟

فيقال: مائتان، قيل: فلو تبعا معًا لم يكن قيمتها. فيقال: أربعمائة.

فيعلم أن التفاوت بين الاجتماع والانفراد مائة فجعل أثلاثًا ثلثها في مقابلة

وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الْحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَكَذَا الْمُقَدَّرَةُ إِنْ تَلِفَتْ،

قيمته ولمثالها لا بُدَّ فيجب على قائله مائة وثلث وثلاثون.

وقلت: وإن قتل الأمة وجب مائتان وست وستون وثلثان، وعلى قول أصحاب «التلخيص» إن قتلها وجب ثلاثمائة، وإن قتله وجب مائتان؛ لأن البعض من جهة الإفراد حصل بجانبه، وعكس هذا لو نكح عبد أمته فقتله أو قتلها قاتل، نظر!

ولو تبعا جميعًا ثلاثمائة قيمته مائة، وقيمتها مائتان، ولو بيعا على الانفراد لاشترى ثلاثمائة وهي عامين فلا يلزم قاتله إلا مائتان أي: ولا قاتلها إلا مائة.

ومنها: لو خرج وقيمته مائة فرجعت إلى عشرة، والجناية سارية فقبل مؤنة علا السعر بحسب لو كان جنحًا لاشترى سليمًا فمات.

قال الْقَفَّال: ينظر إن كان بعد جارحته لم يرد قيمته على العشرة فهنا يضمن المائة، وإن كان المجروح يساوي ثلاثمائة ضمن ثلاثمائة.

قال الْمَاوَرْدِي: من نصفه حر في طرفه نصف ما في طرف الجزء، ونصف ما في طرف العبد ففي يده ربع الدية وربع القيمة، وعلى هذا القياس فيما زاد من الجراحة أو نقص وهذه الفروع محله من بعد، وإنما سبق العلم بوضعه هنا.

قال: **(وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الْحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ)** أي: سواء تلفت تحت يد ضامنه أم أتلفت بغير حق. وذكرت في «الغنية» في الجنايات حسب المصنف المسألة أن هذا هو المشهور.

وإن ابن الرِّفْعَة قال: قال الأصحاب: العبد أصل الجزء في الحكومة، والجزء أصل العبد في التقدير، فعلى هذا لا يبلغ بأرش الجناية التي لا أرش لها قيمة الجملة أو قيمة العضو الذي صدرت الجناية فيه على الخلاف، والتفصيل في الجزء صرح بذلك الْمَاوَرْدِي، وصرح بنقصه عن النص.

قال: **(وَكَذَا الْمُقَدَّرَةُ)** أي: كاليد والرجل والعين ونحوها.

(إِنْ تَلِفَتْ) أي: بآفة سماوية؛ لأن التقدير إنما ورد في الجناية فخص بمورده؛ لأنه خلاف الأصل.

وَإِنْ أُتْلِفَتْ فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ، وَعَلَى الْجَدِيدِ تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ، وَالْقِيمَةُ فِيهِ كَالدِّيَةِ فِي الْحُرِّ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ، وَسَائِرُ الْحَيَوَانِ بِالْقِيمَةِ، ....

وقيل: بحسب أكثر الأمرين، وقيل: نصف القيمة كالجناية.

قال: **(وَإِنْ أُتْلِفَتْ)** أي: بجناية مضمونة.

(فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ) أي: بحسب ما نقص من القيمة أيضًا كسائر الأموال، وأنكر بعضهم هذه عن القديم وقطع بالجديد.

وقيل: هو مخرج.

(وَعَلَى الْجَدِيدِ تَتَقَدَّرُ مِنْ الرَّقِيقِ وَالْقِيمَةُ فِيهِ كَالدِّيَةِ فِي الْحُرِّ فَفِي يَدِهِ) أي: المحترمة المصونة **(نِصْفُ قِيمَتِهِ)** أي: زادت على الأرش أو نقصت؛ لأنه أشبه البهيمة من حيث ضمانه باليد، وأشبه الجزء من حيث إيجاب الكفارة فقبله فأجرى عليه أغلب الحكم الشهير، وموضع وجوب نصف القيمة والأرش فإذا نقص فقطع يده ثلثا قيمته، لزمه ذلك على القولين .

أما على القديم فواضح، وأما على الجديد فالنصف بالجناية وهو مراد المصنف، والسدس باليد العارية، ولو قطع المالك يده في يد الغاصب في مثالنا سدس القيمة ستمائة، فإن طلب المالك الجار في ذلك طالبه بخمسمائة، وإن طالب الغاصب طالبه بستمائة وهكذا.

إشارة: احترزت بالمضمونة عن ما لو وجب قطعها في الحراسة فإنها مهددة، وكذا يد المرتد وأخرجت ما لو قطعها مستحقها قودًا.

قال: **(وَسَائِرُ الْحَيَوَانِ بِالْقِيمَةِ)** أي: فيجب باليد والجناية المرهقة قيمته وفيما تلف أو أتلف من أجزائه ما نقص من قيمته، سواء فيه الإبل والخيل والحمير وغيرها، ودابة القاضي كغيرها خلافًا لمالك.

فائدة: قال الفوراني: الحيوان يخالف الجماد في حكم واحد وهو أنه لا يضمن إلا بعد الاندمال، والجماد يضمن بما نقص في الحال، وإن كان ساريًا وهذا مطرد عند الأصحاب في الحيوان غير الدقيق، أما الدقيق إن قلنا يضمن بالقدر فهل يضمن قبل الاندمال؟ فيه قولان كالبحر: أصحها: نعم.

وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوِّمٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمِثْلِيَّ مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ، كَمَاءٍ وَتُرَابٍ وَنُحَاسٍ وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ، ....

قال الشَّافِعِي: يقوم صحيحًا ومكسورًا أو مجروحًا قد يرى من جرحه ويعطى مالكه ما بين القيمتين.

قال: **(وَغَيْرُهُ)** أي: غير الحيوان من المال.

(مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوِّمٌ) أي: لا غير.

(وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمِثْلِيَّ مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ) أي: وما عدا ذلك متقوم. وللأصحاب في ضبط المثلي عبارات كثيرة ذكر الرَّافِعِي منها جملة ثم اعترض عليها ورأى الأحسن منها فاجعله في «المحرر» الأظهر، والمصنف الأصح، وجعلها في «الروضة» وجوهًا.

إشارات: قوله: «ما حضره» كان المراد ما قدر لعدد بذلك لإمكان الوزن إذ كل مال منقول يمكن وزنه، واحترز بالكيل والوزن عن المعدود والمزروع، ويجوز أن السلم عما لا يجوز السلم فيه من الجواهر وغيرها كما سبق، إذ المانع من ثبوته في الدية هناك مانع في ثبوته في الدية بالتلف والإتلاف.

قيل: أورد على هذه العبارة القمح المختلط بالشعير؛ لأنه لا يجوز السلم فيه ويرده مثله، انتهى، وهذا أعجب والمعيب من الحبوب وغيرها ليس مثلي؛ بل يجب فيه قيمته مثله.

قال: **(كَمَاءٍ)** أي: خالص غير مشوب، وهل الماء الملح مثلي كالعذب؟ لم أر فيه نصًا.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي وغيره: إنما يكون الماء الجامد من المثليات إذا لم يخلطهما تراب.

قال ابن الرِّفْعَة في باب الإجارة من مطلبه: الماء الجاري متقوم لدخول النار فيه ودرجات حمرة لا يبسط، انتهى.

وهذا بطرق غيره من المائعات إذا أحميت بالنار.

(وَتُرَابٍ) أي: خالص. **(وَنُحَاسٍ وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ)**

لَا غَالِيَةٍ وَمَعْجُونٍ ....

أي: ونحوها مما يضمنه للضابط، وما عنده من الأمثلة يختلف فيها، والأصح ما ذكره، والرمل الخالص كالتراب والحديد ونحوه كالنحاس والتبر: بكسر التاء الذهب غير مصروف ولا ثبوت ويقال للفضة.

قال ابن الرِّفْعَة: أطلقوا الخلاف في القطن واعتقد أنه فيما بعد البلح أما قبله فيظهر القطع بأنه متقوم، انتهى.

والذي يفهمه كلام الرَّافِعِي أن الأصح أن الحبوب مثلي لأن الوزن يحضره والتسليم جائز فيه على الصحيح، نعم مادام في الحرز متقوم، ولا يصح السلم فيه على المذهب والمنصوص.

قال الْعِمْرَانِي: قال الشَّافِعِي يضمن الصرف بمثله إن كان له مثلي وإلا ردَّ قيمته. قال ابن الصباغ: له مثلي.

وقال الشيخ أبو حامد: الصحيح أنه لا مثل له.

وذكر الرُّويَانِي النص ثم قال: وقيل فيه قولان، ولم يزد، وقال في موضع آخر: والأصواف والأوبار والأشعار.

قال الشَّافِعِي: عليه مثلها إن كان لها مثلي، وقيمتها إن لم يكن لها مثلي.

وقال أبو حامد: وضمانها بالمثل لا غير كالقطن.

ومن أصحابنا من قال: توقف الشَّافِعِي فيها.

والمذهب أنه لا مثل لها؛ لأنها تختلف وتتباين فيضمن بالقيمة، وهذا أظهر عندي، انتهى.

فرع: اختلفا قال المالك للمغصوب: مثلي، وقال الغاصب: لا مثل له، رجعا فيه إلى اجتهاد الحاكم، وكلام الشيخين يوافق ابن الصباغ.

قال: (**لَا غَالِيَةٍ وَمَعْجُونٍ**) أي: ونحوهما من المختلطان من أجزاء مختلفة، وخذ من كلامه إخراج المنسوبات من المثليات فالمخيض والعصير والخل، والمنسوبات بالماء.

فروع: الحبوب الجافة السليمة والتمر غير المكنوز والزبيب والأدهان

فَيُضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ، ....

والألبان والخلول الخالصة مثلية قطعًا؛ وكذلك الدراهم والدنانير الخالصة على الصواب والمغشوشة.

قال الْمُتَوَلِّي: جوزنا التعامل بها فمثلية، وإلا فلا.

قال الْبَغَوِي: والآخر عندي مثلي.

وذكر الْمَاوَرْدِي: منهم وفي اللحم.

وفي «روضة شُرَيْح» و«البحر» أوجه ثالثها اليابس مثلي والرطب متقوم.

قال: (**فَيُضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ**) لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ولأنه أقرب إلى التالف سواء كانت قيمته المثلي كقيمة الأصل أو أقل.

تنبيهات: واستثنى من ذلك الماء يبلغه بمقارن، فإنه يضمنه في البلد ونحوه بقيمة هناك على المذهب، وينبغي أن يلحق به كلي مثلي أتلف بموضع له به قيمة خطيرة ويغرمه بموضع قيمته به حقيرة، وهو قضية كلام «التتمة».

وقال الرَّافِعِي ومن إليه ومثل الماء وبما لو أتلف جهرًا في الصيف فاجتمعا في الشتاء فيغرمه قيمته في الصيف، ولا يراد بعد ذلك في الصيف والمغارة على الأصح.

ثم رأيت صاحب «البحر» قال في باب المتمم بعد ذكره الأصح في إتلاف الماء وعلى هذا جمع ذرات الأمثال إذا أتلف ثم غرم في غير موضع الإتلاف يلزمه القيمة، انتهى.

وما أحسن قول صاحب «الكافي» هنا: وإذا وجب المثلي ثم خرج عن أن يكون متقومًا يتبدل الزمان أو ما كان عليه قيمته باعتبار مكان الإتلاف يعني: أو زمانه في آخر إحياء الموات من «الروضة» أنه لو سقى أرضه بما مملوك لغيره فعليه قيمته مع جزمه هنا أن الماء المثلي.

وفي «فتاوى ابن الصلاح» أنه يجب مثله محصلًا في الموضع الذي أخذ منه من قناة وغيرها.

فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْقِيمَةُ، ....

وما قاله قياس، وقد يقال على قياس ما سبق إذا غصبه في الصيف ووقت الحاجة إلى السقي به واجتمعا في الشتاء وغير أوقات السقي به يطالبه بقيمته.

فرع: قال في «الكافي»: لو غصب جامدًا اقتراب رد الماء مع أرش النقص، أو ما نسخنا فيرد نسخته الغاصب لم يخبر ما ذهب من الحرارة بذلك كما لو غصب دارًا فانهدمت فبناؤها ملك إلا له أحسن مما كانت ضمن الهدم.

(فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْقِيمَةُ) المثلى كما صرح به في «التنبيه».

وقيل: قيمة المغصوب، والأول أصح.

قيل: فإن قلت: قيمة المغصوب هي قيمة مثله لأنا نقول قيمة المثلي ويعني به: قيمة الشيء.

وأجيب: بأن صواب العبارة إذا قومنا شيئًا أن تقول قيمة لا قيمة مثله، وإنما اختلفا هنا في الغصب، وفائدة تظهر فيما بعد.

وعبارة «المحرر» فإن لم يسلم المثلي حتى فقد أخذت منه القيمة وهي تقتضي فرض الكلام فيما إذا كان المثلي موجودًا عند التلف، ثم تتعدد وهي محل الوجهين المذكورين.

وعبارة «المنهاج» قد تدخل فيها ما إذا كان تعدد المثل مقارنًا للتلف، ويمكن إجراء الوجهين في هذه الصورة أيضًا.

وحكى ابن داود وجهًا غريبًا في هذه الصورة أنه لو ظفر بالمثل بعد ذلك مثلي الطلب لا يلزمه إلا القيمة.

والمشهور الرجوع على المثلي في هذا الوجه خاص بهذه الصورة، لا تجري فيها إذا كان المثل موجودًا عند التلف ثم تعدد.

تنبيهات: منها: التعدد المعتبر هنا ذكر الرَّافِعِي تبعًا للشيخ أبي علي وغيره أنه في البلد وجوابه كما في السلم، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه يظهر إثبات خلاف فيه هل يجعل كالمفقود إذا وجد في غير ذلك البلد أولا، كالخلاف فيما إذا وجدنا كثير من ثمن المثلي؟ وإن ظاهر النص مع الثاني.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ الْغَصْبِ إِلَى تَعَذُّرِ الْمِثْلِ.

قلت: والقلب إليه أميل.

ومنها: إذا وجد المثل بأكثر منه لمن المثل فهل يلزمه تحصيله؟ وجهان رجح كلًا مرجحون، ورجح في «التنبيه» العدول إلى القيمة وصححه المصنف له كرقبة الكفارة وماء الطهارة، وممن رجح تكليفه بالمثلي: الْبَغَوِي والجرجاني والروياني في غير «البحر»، وابن أبي عصرون وجزم به في تنبيهه، وهو المختار قياسًا على العين، فإنه يجب ردها وإن غرم فيه أضعاف قيمتها، فإن فرق بأن التعدي في العين لا في المثل؛ فجوابه أنا أوجبنا القضاء على تارك الصلاة عهدًا على الفوز بمثل الطريقة التي تمسكهم بها والتعدي في الأداء إلا في القضاء.

ومنها: حكم الإتلاف من عهد حكم الغصب مع التلف فجميع ما ذكرناه وهكذا أطلق ويشبه أن يكون المساواة فيما إذا أتلفه عدوانًا لا مطلقًا.

ومنها: لو اتفقا على أخذ قيمة المثل مع وجوده فوجهان بناءً على جواز أخذ الأرش مع القدرة على رد العيب، ذكره الْمَاوَرْدِي وقضية ترجيح المنع وفيه نظر، والأصح في «البحر» الصحة هنا.

ومنها: لو غرم الغاصب أو المتلف القيمة للإعواز ثم وجد المثل فليس للمالك ردها وطلب المثل على الأصح ولا لما دفع المثل وطلب القيمة المؤداة على الأصح، والأحسن أن يقال فلا تزاد على الأصح.

ومنها: لو اختلفا في وجود المثل فادعى المالك وجوده والغاصب عدمه، قال في «البحر»: يكشف الحاكم عن وجوده وعدمه فإن عدم فقد ذكرنا أنه بالخيار بين الصبر إلى وجوده وبين أخذ القيمة، فإن صبر ثم رجع مطالبًا بالقيمة قبل الوجود فله ذلك أي: قطعًا.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ الْغَصْبِ إِلَى تَعَذُّرِ الْمِثْلِ)** لأن وجود المثلي كبقاء العين؛ لأنه كان مأمورًا برده كما كان مأمورًا برد العين المغصوبة، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة في المدتين، وقيَم: مفتوحة الياء مكسورة الميم جمع قيمة، والحاصل أن المعتبر الأقصى من الَغصب إلى تعذر

وَلَوْ نَقَلَ الْمَغْصُوبُ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ ....

المثل، ومن الغصب إلى الحكم أو منه إلى التلف، أو من التلف إلى الإعواز، أو من التلف إلى الحكم، أو من تعدد المثل إلى الحكم، أو قيمة يوم أخذ القيمة، أو قيمته يوم الحكم بالقيمة، أو قيمته يوم تلف المغصوب، أو يوم تعذر المثل، أو الأقصى من الغصب إلى يوم الأخذ، أو إن تعذر في جميع البلاد فيوم الفقد، وإن فقد هناك فيوم الحكم وجوه اثنى عشر وكلها منقولة خلا الحادي عشر استنبطه ابن الرِّفْعَة في «الكافي» ورجع عنه في «المطلب».

قال تلميذ له: واستنباطه صحيح وربما يترجح على سائر الوجوه فلا بأس بالمصير إليه، قال ويمكن أن يستنبط سبعة أخرى لكنها غير منقولة، انتهى.

وجعل في «البحر» ظاهر المذهب الأول، ونقل الثالث عن رواية الحسين والمزني في «الجامع الكبير» عن النص ونقل اختيار الرابع عن الحناطي والزجاجي والماوردي وجماعة، قال فيه أقول نسب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ إلى الأكثرين أن الاعتبار بيوم المطالبة.

قال: (**وَلَوْ نَقَلَ الْمَغْصُوبُ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ**) أي: يعلمه المالك الغاصب.

(**فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ**) أي: وإن غرم عليه أضعاف قيمته لعموم حديث «**على اليد أخذت حتى تؤديه**»[1] ولأنه متعدٍّ فيه، وقد أطلق المصنف من قبل على الغاصب الرد وهو يشمل المثلي، وسبق وجه فيما إذا عظمت المؤنة ويحتمل أن يفرق بين أن يكون هو الناقل أو مأذونه، وبين أن ينقل بغير اختياره.

وحكى الْمَاوَرْدِي وجهًا أنه إذا غصب حنطةً في بلد ونقلها إلى غيره لا يكلف نقلها وله رد مثلها وهو شاذ، وفي فتاوى القاضي الحسين أنه إذا لم يكن لنقله مؤنة ولقي المالك هناك فله تسليمه إليه ولا يلزمه نقله ويبرأ بوضعه بين يديه، وإن كان لنقله مؤنة نقله إلى موضعه، وذكر مرةً أنه يجب أخذه ويأخذ منه مؤنة النقل، وذكر في فتاويه تفصيلًا آخر سقته في «الغنية» وإطلاق الجمهور

(١) تقدم تخريجه.

وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيمَةِ فِي الْحَالِ، فَإِذَا رَدَّهُ رَدَّهَا، ....

ينازع فيما يصلاه، وينبغي أن يرد في قولهما لا مؤنة لنقله وكان الطريق آمنًا.

قال: **(وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيمَةِ فِي الْحَالِ)** أي: على الفور للحيلولة وإن كان قد كلف رده فهما حقان واجبان في الحال عند العلم فكان المغصوب، وقيد الْمَاوَرْدِي ذلك بما إذا كان بمسافة بعيدة لا يمكنه رده إلا بعد زمن طويل، فإن كان المغصوب بمسافة قريبة لم يطالب بالقيمة؛ بل يرد المغصوب.

قلت: وكان هذا فيما إذا لم يخف هرب الغاصب فإن خيف فلا وجه للفرق بين المسافتين وأغرب أيضًا حيث اقتضى كلامه في كتاب «النكاح» أن المغصوب إذا هرب إلى مكان معروف أخذ الغاصب برده لا بقيمته ولا يفرق بين مسافة ومسافة، قال: لأنه خير موصل به إلى التسليم، أما لو جهل مكانه فيطالب بالقيمة لا الرد ولا خفاء أنه يصدق بيمينه في جهله بمكانه حيث لا ينتبه وأنه إنما يطالب بالرد عند العلم بمكانه إذا أمكنه رده وطلب القيمة في هذه الأحوال للحيلولة، ثم الصحيح المشهور أنه يملكها وإلا لما سدت مسد المغصوب وهو ملك فرض كما صرح به القاضي الحسين لا ينتفع به على حكم رده وأبدله عند رد العين، وعن الْقَفَّال أنه لا يملكها وهو شاذ، وللماوردي طريقة سنذكرها.

إشارة: قول المصنف «إلى بلد آخر» يفهم أنه إذا نقله إلى دار أخرى بالبلد لا يزهق إلى القيمة للحيلولة، وفي «التتمة» إذا غصب مال إنسان ونقله إلى بلد آخر أو دار أخرى فللمالك أن يغرِّمه القيمة في الحال للحيلولة، المسألة من الأشبه أنه لا يزهق بالبلد إلى القيمة في الحال إذا أمكنه إحضاره في الحال فإن تعذر أو تأخر أزهق إليها.

قال: **(فَإِذَا رَدَّهُ رَدَّهَا)** أي: وجوبًا بعينها إن كانت باقية وإلا فبدلها لزوال الحيلولة، وسكت المصنف عن وجوب الرد، وفيه خلاف يخرج من كلام الْمَاوَرْدِي، فإن قال: إذا كان موضع المغصوب معلومًا وطلب المالك القيمة يجبر عليها الغاصب ويملكها المغصوب منه ملكًا مستقرًا ويملك الغاصب العبد ملكًا مراعًا، فإذا قدر عليه فهو بالخيار بين أن يملكه ورده ولا خيار للمغصوب منه لأنه لما ملك الأحياء في الابتداء لم يملكه في الانتهاء،

....

والغاصب لما لم يملك في الابتداء ملكه في الانتهاء، فإن اختار أن يملكه استقر حينئذٍ ملكه عليه وإلا قيل للمغصوب منه إن أردت القيمة عاد العبد لك ولا أجرة لك فيما مضى؛ لأنك تملكه الآن ملكًا مبتدًى، وإن امتنعت من رد القيمة لم يجبر عليه لأنك ملكتها وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة فإن بيع بقدر القيمة أخذها أو بأقل أخذه والعجز عليه أو بأكثر أخذ منه قدر القيمة والفاصل للمغصوب منه.

وقال: فيما إذا كان موضعه مجهولًا وأخذ القيمة ففي استقرار ملكه عليها وجهان، فإن وجد المغصوب رده وأخذ القيمة ففي استقرار ملكه عليها وجهان، فإن وجد المغصوب رده وأخذ القيمة، انتهى.

وهذه الطريقة غريبة؛ ولهذا قال في «البحر» بعد أن ساق ما ذكره الجمهور من فروع المسألة: واعلم أن هذه الجملة ذكرها أصحابنا الخراسانيين.

فروع: إذا عاد المغصوب هل له إمساكه حتى يسترد القيمة المنقولة عن النص هنا في الشراء الفاسد نعم والمرجح في الشراء المنع.

قال الرَّافِعِي: وشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه والمنع اختيار الإمام فيهما، وعبارة المصنف تشعر أن له الإمساك هنا وأيد بأنه إنما دفع القيمة خير من الخلاف المستعر، ويفرق أن يقال: إن جاء فأفوق الثمن والقيمة فلهما الحبس حتى يستردا وإلا فلا، المعتبر في أخذ القيمة أقصى القيم من الغصب إلى المطالبة، كذا قاله الإمام والرافعي.

وقال الْمَاوَرْدِي: فيما إذا جهل موضعه يعتبر الأقصى من الغصب إلى فوات الرد ولم يذكر حكم ما إذا علم موضعه ويظهر عن طريقة اعتبار وقت الطلب؛ لأن به يجب لا قبله، قاله ابن الرِّفْعَة.

إذا بقي العبد المأخوذ للحيلولة فهل له إمساكها وغرامة مثلها؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد.

قال المصنف: الأقوى المنع ويؤيده ما سبق عن القاضي أنه يملكها ملك

فَإِنْ تَلِفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ طَالَبَهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ، ....

فرض، ولو ظهر على المالك دين مستغرق فالغاصب أحق بالقيمة؛ لأنها عين ماله ولو لم تكن باقية قدم الغاصب ببذلها من عين العبد على الغرماء نص عليه؛ لأنه قد أعطى قيمته أي: فصار كالمرهون بها وهذا يشهد أن له الحبس إلى أخذها، وهل يبرأ من أجرة المغصوب من حين دفعه القيمة إذا قاما فالصحيح أن المغصوب من يملكها؟ فيه وجهان أصحهما وهو ظاهر المذهب في «البحر» لا.

قال: العين باقية على ملكه والمنفعة له ولزمته قبل دفع القيمة والحيلولة فكذا بعدها لوجود المعنى، وقال: إن الثاني أقيس لانتفاعه بالقيمة القائمة مقام العين، هكذا أطلق وعزاه الأصحاب بـ«خراسان» و«العراق» ولم يفرق بين كون مكانها معلومًا أو لا.

قال القاضي الحسين: هذا إذا كان الموضع مجهولًا فإن كان معلومًا لم يبين وجهًا واحدًا، وقال غيره: فيما إذا عسر رده أنه على الوجهين.

قال في «البحر»: ويلزمه رد العين مع النماء ولو زادت العين بعد دفع القيمة ثم ذهبت الزيادة ضمنها في ظاهر المذهب.

قال بعض أصحابنا بـ«خراسان» فيه وجهان كما في الأجرة، وكذلك قالوا في زيادة السوق إذا حصلت في هذه الحالة وتلفت العين بعد ذلك هل يضمنها أم لا؟

قال: وأما القيمة إن كانت قائمة ردها إن كانت قد زادت زيادة غير مميزة كالسمن وتعليم القرآن ردها بزيادتها، وإن تميزت كالثمار والنتاج فهي للمغصوب منه وهذا يتصور فيما إذا أخذ في قيمتها عبدًا أو جاريةً أو شجرةً ونحو ذلك فإن كانت تالفة رد بدلها مثلها إن كانت مثلية وإلا فقيمتها، انتهى.

وقال: هكذا ذكره أصحابنا بـ«خراسان» و«العراق» ثم حكى طريقة الحاوي.

قال: **(فَإِنْ تَلِفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ طَالَبَهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ)** لتوجه طلب ردها عليه في الموضعين.

فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلَ غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً.

وَلَوْ ظَفِرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدِ التَّلَفِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَالنَّقْدِ فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ وَإِلَّا فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ التَّلَفِ.

(فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلَ غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً) أي: لما ذكرناه وهذا قد يفهم أنه لا غيره بقيمة الطريق بينهما وليس كذلك؛ بل يغرمه أكثر القيم في البلدين والطريق بينهما، صرح به شُرَيْح الرُّويَانِي، وهو ظاهر وينبغي أن يكون في المطالبة بالمثل أيضًا في أي البلدين شاء وفيما بينهما من البلاد والأماكن التي طرقها بالمغصوب إلا أن تكون لجة بحر ونحوها فيما يتعذر التسليم فيه.

قال: **(وَلَوْ ظَفِرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدِ التَّلَفِ)** أي: والمثل موجودًا وكذا لو ظفر بالمتلف الذي ليس بغاصب. **(فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَالنَّقْدِ)** أي: اليسير. **(فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ وَإِلَّا فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ)** أي: لما فيه من الضرر.

(بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ التَّلَفِ) للنزاع، هكذا نسبه الرَّافِعِي إلى الأكثرين من غير تفصيل، والثاني: يطالب بالمثل مطلقًا كما لو أتلفه في الرخص طالبه بمثله في الغلاء، والذي أورده العراقيون ومنهم الْمَاوَرْدِي والبندنيجي وابن الصباغ والعمراني أن ذلك فيما إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة أكثر، وحكى الإمام هذا عن الشيخ أبي علي وأنه حمل كلام الشَّافِعِي والأصحاب على ما إذا كانت قيمة بلد الغصب أقل، انتهى.

ولفظ الشيخ أبي علي في «شرح التلخيص»، قال أصحابنا: هذا إذا كان سعره مختلف بالبلدين فإن لم يختلف فله أن يطالبه بقيمة ملكه؛ لأنه لا ضرر عليه في ضمانه بمثله فصار كالدراهم بعد المؤنة في النقل ووجود المثل، ونقل الديبلي ذلك عن النص فالوجه تنزيل إطلاق من أطلق عليه لا غيره وجهًا ثالثًا ضعيفًا كما صنع في «الروضة»، وقيل: يخرج من كلام «الوسيط» وجه آخر بالمنع مطلقًا، وفي ثبوته نظر.

وقال ابن كَج في باب جزاء الصيد في فرع مستقل: إذا غصب طعامًا بـ«مصر» وطالبه «ببغداد» فإن كان له مثل «ببغداد» حكم عليه بمثله، فإن كانت

....

قيمته «ببغداد» أنقص قلنا له أنت بالخيار بين أخذ المثل هنا وبين أخذ قيمة طعامك بـ«مصر» يوم أتلفه، انتهى.

تنبيه: قال شارح: قول المصنف قيمة بلد التلف محمول على ما إذا كان هو ببلد الغصب أو كانت قيمة بلد الغصب وبلد التلف سواء فلو اختلفا فقد يقدم أنه يجب أكثر القيمتين وإنما مقصوده هنا أنه لا يعتبر قيمة البلد الثالث الذي ظفر به فيه.

قال: واعلم أنا إذا اعتبرنا قيمة بلد اعتبرنا نقدها فيكون الواجب من نقدها هنا وفي المتقوم.

قلت: وفيه ما سيأتي وإذا أخذ القيمة ثم اجتمعا في بلد التلف ففي الرد والاسترداد الوجهان فيما عدم القيمة لإعواز المثل.

فرع: سلب المثليات عمن غصب حنطة وأكلها في زمن الغلاء فهل يطالب في زمن الرخص بالقيمة؟ فأجيب له حالان: الأول: أن يطحنها ويتلف الدقيق أو يخبزه ويأكله، وقلنا لا مثل لهما فعند العراقيين يغني المثل وهو الحنطة وهو قضية إطلاق «المنهاج» وغيره، وعند الْبَغَوِي والعمراني وغيرهما أنه إذا كان المتقوم أكثر قيمة غرمها وإلا فالمثل وهو الأشبه عند الرَّافِعِي والمصنف، وعن القاضي الحسين أنه يغرم أقصى القيم وليس للمالك مطالبته بالمثل؛ لأن التلف حصل وهو متقوم.

قال الرَّافِعِي: وعلى هذا إذا قبل من غصب حنطة في الغلاء وبقيت عنده إلى التلف وغرمه المالك في وقت الرخص يغرم المثل أو القيمة لم يصح إطلاق الجواب بالمثل ولا القيمة؛ بل الصواب أن يوجد فيقال إن تلفت وهي حنطة غرم المثل وإن صارت إلى حالة التقويم ثم تلفت فالقيمة، انتهى.

وفي «الحاوي» أنه يرجع بالمثل والقدر الزائد في الدقيق عن المثل إن حصل بالطحن زيادة، انتهى.

والأقرب إلى نصوص الشَّافِعِي إطلاق الجمهور ما أورده العراقيون،

وَأَمَّا الْمُتَقَوِّمُ فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَصْبِ، إِلَى التَّلَفِ، ....

والأقيس ما ذكره الْبَغَوِي واختاره الْعِمْرَانِي، ونقل في «البحر» عن المذهب أنه يضمن الحنطة وعن والده أنه يحتمل أن يقال يغرم قيمة الدقيق، ويحتمل أن يقال المالك بالخيار إن شاء طالبه بمثل الحنطة وإن شاء طالبه بقيمة الدقيق جاز للثاني أن يملكها أو تتلف عنده وهي مثلية على حالها، وظاهر نصوص الشَّافِعِي والأصحاب أن الواجب المثل لا غير من غير نظر إلى رخص ولا غلاء وكذلك غير الحنطة من المثليات، نعم استثنى الجمهور يتلف بالمفازة وذكرنا ما تقدم، وقول الرُّويَانِي وعلى هذا جميع ذوات الأمثال إذا أتلفت ثم غرم في غير موضع الإتلاف يلزمه القيمة وهو يفهم أنه لو أتلف حنطة بـ«مكة» مثلًا ثم أخذه بموضع قيمتها فيه باقية بالنسبة إلى «الحجاز» أنه يلزمه قيمتها هناك. وأما على غير هذا الوجه فلا؛ إذا وجد المثل ولا ينظروا إلى الرخص والغلاء على الإطلاق.

قال: (**وَأَمَّا الْمُتَقَوِّمُ فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَصْبِ، إِلَى التَّلَفِ**) لأنه في حال زيادة القيمة يطالب بالرد، فإذا لم يؤد ضمن بدله.

قالا: ويجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه ولا فرق في ذلك بين كون المغصوب عرضًا أو ذهبًا أو فضة ونقد البلد من جنسه أو غيره استوت قيمته أو زادت ليست صيغة مباحة وفي هذا خلاف ضعيف.

فائدة: قال الجيلي: قول «التنبيه» ويجب قيمته من نقد البلد الذي غصب فيه ليس بصواب؛ بل المنقول وذكر ما سبق.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيما قاله نظر من وجهين: أحدهما: أن أكثر النسخ ويجب قيمته من نقد البلد في البلد الذي غصب فيه، وكذا هو في توجيه الجيلي وهو يفهم غير ما يفهمه اللفظ الأول.

والثاني: على تقدير لذكر اللفظ فما ذكر فإنما يظهر صحة ما قالوه إذا كانت قيمة بلد التلف أكثر أو أروج، وأما إذا كانت قيمة بلد الغصب أكثر أو أروج، فلا يظهر إلا اعتبار نقد بلد الغصب عملًا بما عللوا به وجوب أكثر القيمتين وقدره وهو صحيح.

وَفِي الْإِتْلَافِ بِلَا غَصْبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ، فَإِنْ جَنَى وَتَلِفَ بِسِرَايَةٍ فَالْوَاجِبُ الْأَقْصَى أَيْضًا.

فَصْلٌ

وَلَا تُضْمَنُ الْخَمْرُ ....

ثم قال: وحكى في «البحر» عن والده ما يقاربه فإنه قال: إذا كان نقد البلد وقت الغصب درهم ثم تلف المغصوب بيده ونقد البلد يوم التلف دنانير فإن أراد صاحب المال أن يضمنه دراهم ثم يعدل إلى قيمتها بالدنانير لكونه أحظ له وأن له ذلك ووجهه بما ذكرته، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: الاعتبار بحال الاستقرار عند تغير الحال وأيد ذلك بشيء ذكره من كلام العراقيين و«الوسيط» إلى أن قال: فقد صح ما قاله الشيخ من وجوب القيمة بنقد بلد الغصب فإنه إذا وجب فيهما وجب في أحدهما، انتهى.

وفيما أطلقه الأصحاب إشكال إذ ظاهره أنه لا يجب له إلا بنقد البلد الذي تلف فيه ولا يخفى ما فيه من الإضرار به مثاله غصب بـ«الشام» ثوبًا وأتلفه بـ«الروم» مثلًا ثم طالبه بقيمته بـ«الشام»، فإذا أوجبنا له القيمة من نقد «الروم» ونحوه لا غير مما لا يروج بـ«الشام» فقد أضررناه، وإن أرادوا أن الغاصب يرهن إلى ذلك عند طلب المالك فغرمت فرجع الكلام إلى أنه يطالبه بقيمة أي البلدين شاء.

قال: (**وَفِي الْإِتْلَافِ بِلَا غَصْبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَف**)؛ لأنه حينئذٍ يوجد عليه الضمان بخلاف الغصب، (**فَإِنْ جَنَى**) **على متقوم بيد المالك ومن يخلفه في اليد.**

(**وَتَلِفَ بِسِرَايَةٍ فَالْوَاجِبُ الْأَقْصَى أَيْضًا**) مثاله: جنى على بهيمة قيمتها يومئذٍ مائة فهلكت بشرائه الجراحة وقيمتها خمسون فالواجب الأقصى من الجرح إلى التلف كما يعتبر الأقصى في اليد العادية وأولى.

فرع: أبق المغصوب أو ضلت الدابة أو ضاع الثوب أو غيبها الغاصب، ضمن للحيلولة أقصى القيم من الغصب إلى المطالبة.

فصل

قال: (**وَلَا تُضْمَنُ الْخَمْرُ**) أي: محال لأحد من الماس وكذا حكم كل نبيذ

وَلَا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّيٍّ إِلَّا أَنْ يُظْهِرَ شُرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَا، وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتْ الْعَيْنُ

مسكر وكل نجس العين، وكل نجس لا يمكن تطهيره، وفي الخمر المحترمة وجه شاذ جاز فيما ينتجه الناس من النبيذ وليس بشيء وأصله وجه مثله في جواز البيع ويجيء في الصبغ النجس والدهن المتنجس خلاف مما قيل في بيعه والمذهب المنع.

قال: (**وَلَا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّيٍّ**) لأنهم يقرون عليها ومن يعرض عليهم في زجر فإن عاد إذن نص عليه.

قال (**إِلَّا أَنْ يُظْهِرَ شُرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَا**) أي: ولو من كافر وكذا السائر وجوه الإظهار لأنهم عرضوها للإراقة بالمجاهرة.

وقال القاضي الحسين: لا يراق إلا أن يكون قد شرط عليهم في العهد عدم إظهارها، وكذا قال الْمَاوَرْدِي أنهم إذا أظهروا الصليب وجب إنكاره، ولم يجز أن يقرهم على إظهاره، ثم إن كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك مجاهد منا جاز في الإنكار فصله وكسره، والأوجب الاقتصار على الإنكار ولا يكسر إلا أن يقيموا بعد إنكاره على المجاهرة، ثم قال: من تعدد القول في الخمر كالقول في الصليب، نعم، موضع إراقتها بالإظهار وإذا كانوا بين أظهرنا أما لو انفردوا ببلد أو قرية ونحوهما فأظهروها فيها فلا.

قال: (**وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتْ الْعَيْنُ**) كذا عبر الجمهور والمراد أنه لم يجاهر بها وجب عليه أخذهما منه وردها عليه للتقرير عليها، ونقل الإمام قبل كتاب «الصداق» عن المحققين أن الواجب عليه منها وإن شجه كان بقطع فالأول وأمر الخلاف يظهر في مؤنة الرد، وصرح الرَّافِعِي في باب الجزية أن عليه الرد وحكى وجهًا أنها ليست مضمونة الرد كما أنها ليست مضمونة العين.

قلت: وفي تكليف المسلم حملها إليه إشاعة والأحسن الاكتفاء بالتمكين وحكم الخنزير للنصراني فيما سبق حكم الخمر، وهل المعاهد والمستأمن في ذلك كالذمي؟ فيه نظر واعلم أن وجوب الرد في زمننا مشكل؛ لأن المذهب أن ذمة الآباء ليست كذمة الأبناء فإذن من بين أظهرنا منهم لا ذمة له؛ لأن من المعلوم أنه لم نحدد لهم عقد من إعطاء مقامه، وهذا ظاهر إن كان الوصف

وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ إِذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ.

بالذمة هو الموجب للرد للخمر لا مجرد الأمان.

قال: (**وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ إِذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ**) أي: فيجب ردها إليه؛ لأن له إمساكها للتحلل هذه طريقة المراوزة، وأما العراقيون فلا يعرفون المحترمة بل كل خمر يجب إراقتها على المسلم، وعندهم ظاهر نصوص الشَّافِعِي وتصويب المصنف على التنبيه في ذلك هفوة، والوجه قول صاحب «البحر» لو غصب من مسلم خمرًا يمسكها بنية الجلب فهل يلزمه ردها إليه؟ فيه وجهان ظاهر المذهب أنه لا يلزم.

وفي «الروضة» وأصلها بعد هذا: أنه لو غصب عصيرًا فتخمر في يده وجب عليه إراقته.

قال الرَّافِعِي: ولو جعل محترمة كما لو تخمر في يد المالك لا بقصد الخمرية لكان جائزًا وما ذكره يمشي عند المراوزة لكن الفرع منقول من كلام العراقيين وطريقتهم عدم الفرق هذا هو المفهوم من إطلاقهم، وحكى الْمَاوَرْدِي في وجوب الإراقة في هذه الصورة وجهين:

أحدهما: يجب، قاله الشيخ أبو حامد.

والثاني: له أخذها؛ لأنه قد ينتفع بها في طين أو سقي حيوان وقوله له أخذها يفهم أنه لا يجب ردها؛ بل يمكنه منها، والصواب أنه لا يرد على المسلم غير المحترمة ولا سيما إذا كان مشهورًا بشرب الخمر أو بيعه واقتنائه كذلك، وحكى ابن الرِّفْعَة فيها وجهًا لعلة إطفاء النار وبل الطين.

قال الإمام: لو رأينا خمرًا ومعها حامل يشهد أنها خمر حل لم يتعرض لها على المذهب.

وقال: طوائف أنه إذا ادعى ذلك لا يقبل منه.

قلت: وهو الوجه إلا أن يكون معلوم الورع مشهور التقوى وإلا لاتخذ الخمار وفي ذلك ذريعة إلى إفشاء الخمور وإظهارها ودعوى احترامها وأنهم عصروها للتخلية وحديث أبي طلحة ﷺ يقتضي عدم التفرق فإنها إذا كانت

وَالْأَصْنَامُ وَآلَاتُ الْمَلَاهِي لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ، ....

اتخذت خمرًا لشربها فذاك قبل تخريجها وكانت مالًا لهم ولم يقض متخذها باتخاذها، وقد أمر ﷺ بإحراقها ولو كان يجوز اقتناؤها للتخلل لأرشد إليه ودلَّ عليه ﷺ.

إشارة: حيث جازت الإراقة لا يجوز كسر الأواني إلا أن يتعذر عليها إلا به كالرمي بحجر وغيرها ويسقط منها وفي الإجنات وكذا لو كان في قوارير ضيقة الرؤوس ولو اشتغل بإراقتها لأدركه الفساق ومنعوه فلو لم يخف ذلك؛ لكن كان يضيع فيه زمانه ويتعطل شغله فله كسرها.

قال: وللولاة كسر الظروف التي تجعل فيها الخمور زجرًا وتأديبًا دون الآحاد وقد فعل ذلك في زمنه ﷺ انتهى.

قال الْمَاوَرْدِي في «أحكامه»: النبيذ عند الشَّافِعِي ليس بمال كالخمر ولا غرم في إراقته فينتهي والي الحسبة عن المجاهرة به ويزجر عليه ولا يريقه عليه إلا أن يأمر بإراقته حاكم من أهل الاجتهاد لئلا يتوجه عليه غرم عند من أوجبه فيه.

قلت: وكان الكلام مفروض فيما إذا كانت المجاهرة به تستحله مذهبًا أو تقليدًا، أما لو كان ممن يرى تحريمه فالظاهر أنه في حقه كالخمر المجمع عليه، وهل على العامي التصرف الذي لا يتبع مذهبًا كهذا وكالمستحيل؟ فيه احتمال.

قال: (**وَالْأَصْنَامُ وَآلَاتُ الْمَلَاهِي**) أي: والصلبان فكل ما حكم بتحريمه أو تحريم اتخاذه (**لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ**)؛ لأنها محرمة الاستعمال والاتخاذ فلا حرمة لصنعها.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ**)؛ لأنه إذا فصل أجزاءها عادت كما قبل التالف وزوال الاسم وعسرت الإعادة لا باستباق الصفة فيكون أدعى للترك.

والثاني: أنها تكسر وترد حتى تنتهي إلى حد لا يمكن اتخاذها منه آلة محرمة لا الأولى ولا غيرها؛ لأنه أبلغ في الزجر عن القول.

فَإِنْ عَجزَ الْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيَسَّرَ،
وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِالتَّفْوِيتِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ.

والثالث: بديله عن حالة صلاحيته لاستعمال المحرم فيكفي رفع وجه الربط ونحوه ويبقى كالقصعة ويرفع أحد حدَّي الصليب عن الآخر.

قال: (**فَإِنْ عَجزَ الْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيَسَّرَ**) أي: وإن زاد على قولنا أنه الأصح إذا لم يكن دونه للحاجة على ذلك ويجيء في الثاني في التفصيل الذي اعتبرناه ما قاله الْغَزَالِي في الإراقة من القوارير الضيقة الرؤوس فيما يظهر.

قال في «البسيط»: وأجمعوا أنه لا يجوز إحراقها لأن رضاضها متمول، انتهى.

ومن اقتصر في الإبطال على الحد المشروع فلا شيء عليه ومن تعداه مع تمكنه من الاقتصار عليه لزمه تفاوت ما بين الزيادة والحد المشروع، فلو اختلفا فقال المنكر: لم تكتبني إلا ذلك وخالفه صاحب الآلة فمن المصدق؟ لم أر فيه شيئًا وهو محتمل.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي»: أتلف جلدًا غير مدبوغ، قال: وكان جلد منتِّنة صدق بيمينه، ولو أراق شيئًا فقال المالك عصيرًا، فقال المتلف: بل كان خمرًا صدق المالك بيمينه؛ إذ الأصل بقاء المالية وبقائها.

قال: (**وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِالتَّفْوِيتِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ**) لأنها تضمن بالعقد الفاسد فبالغصب أولى كالعين فكل عين تجوز إجارتها تضمن منفعتها إذا بقيت بيده مدة لها أجرة الكلب.

تنبيهات: قيل: كان الأحسن أن يقول في يد عادية أو مترتبة عليها وهذا أحسن لكن ليس على إطلاقه عند التأمل فيما أحسنه لاحقًا أن منافع المعارف ونحوها من الآلات المحرمة غير مضمونة ولا يضمن منفعة كلب الصيد ونحوه على الأصح بناءً على الأصح في إجارته وفي باب بيع الكلاب من غصب كلبًا يجوز اقتناؤه استرد منه، ثم إن كان انتفع به ففي لزوم أجرته وجهان بناءً على

وَلَا تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ إِلَّا بِتَفْوِيتٍ، وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ الْحُرِّ فِي الْأَصَحِّ.
وَإِذَا نَقَصَ الْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ ....

إجارته، والذي أراه تصحيحها وإن لم يصححها فالأوجه عندي إثبات أجرة المثل فإنها منفعة مقصودة فطلب بأموال، فإن امتنعت الإجارة لتغليظ نسبة المنع من التعامل على الكلاب فلا وجه لتعطيل منفعته، انتهى.

وفي «التتمة» أنه لو غصب جلدًا منتِّنة فاستعمله ضمن أجرة المثل، وإن لم يستعمله فعلى وجهين كما ذكرنا في الكلب، انتهى.

فحصل في ضمان منفعة الكلب أوجه: ثالثها: أن ينتفع به لزمه أجرة المثل وإلا فلا.

قال: (**وَلَا تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ**) يعني: الفرج من النساء.

(**إِلَّا بِتَفْوِيتٍ**) أي: وهو الوطء من واضع الذكورة على ما سيأتي بيانه ولا يضمن منفعته بالفوات بحال حرة كانت أو أمة؛ لأن الحرة لا تدخل تحت اليد ويد الأمة على بضعها؛ ولهذا يزوج السيد المغصوبة.

قال: (**وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ الْحُرِّ فِي الْأَصَحِّ**) يعني: إنما يضمن بالتفويت بأن سجن قهرًا في عمل لمثله أجرة ولا يضمنها بالفوات كما لو حبسه وعطل منافعه؛ لأنه لا يدخل تحت اليد فمنافعه فاتت تخييره.

والثاني: يضمن بالفوات أيضًا كمنافع الأقوال.

إشارة: لو أوصى منافع عبده أبدًا ثم أعتقه الوارث أو أجَّره سيده مدةً طويلةً ثم أعتقه وبقيت منافعه للموصي له وللمستأجر حبسه حابس عنه مدة فوت عليهما منافعه فيها فيبعد القول بعدم ضمانها لهم فيها، ولا تنقدح عندي احتياطها البتة ولم أر في ذلك بخصوصه نصًّا، لكن قضية إطلاقهم الإهدار كالحر الأصلي وهو بعيد؛ لأن الحق الغير.

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: لو نقل حرًّا صغيرًا أو كبيرًا فقيرًا إلى موضع وكان له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول واحتاج إلى مؤنة فهي على الناقل لتعديه.

قال: (**وَإِذَا نَقَصَ الْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ**) أي: كثقب الثوب مثلًا وعمى

وَجَبَ الْأَرْشُ مَعَ الْأُجْرَةِ، وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ بِأَنْ بَلِيَ الثَّوْبُ فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ

ادَّعَى تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَإِذَا حَلَفَ غَرَّمَهُ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ أَوْ فِي الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبٍ خُلُقِيٍّ ....

العبد وسقوط يده باقٍ فـ(**وَجَبَ الْأَرْشُ مَعَ الْأُجْرَةِ**) للنقص والفوات فيجب أجرته عليمًا قبل حُدوث النقص وناقصًا لما يعلمه.

قال: (**وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ**) أي: بالاستعمال.

(**بِأَنْ بَلِيَ الثَّوْبُ فِي الْأَصَحِّ**) كما لو حصل النقص بسبب آخر.

والثاني: لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال المقابل بالأجرة فلا يجب له ضمان آخر، والأول يقول: الأجرة ليست في مقابلة الاستعمال؛ بل في مقابلة الفوات.

قال:

(فَصْلٌ:

ادَّعَى تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ) إذا عجز عن البينة مع صدقه فيتخلد حبسه، والثاني: يصدق المالك إذ الأصل البقاء ما لا تحمله كالرياحين والإمراق ونحوها مع طول المدة.

قال: (**فَإِذَا حَلَفَ غَرَّمَهُ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ**) للعجز عن الحق بيمينه، والثاني: لبقاء العين بزعمه وبجلها إذا لم يرجع المدعي فيصدق على تلفه فإن رجع غرمه، وهل يجري الوجهان فيما لو كان المدعي أو المحجور أو ناظر ونحوهما؟ فيه نظر لما فيه من الضرر اللاحق للغير، ويجوز أن يقال يقوم الحاكم مقامه في التغريم حفظًا على المستحق فتأمله.

قال: (**وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ أَوْ فِي الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبٍ خُلُقِيٍّ**) أي: كقوله وكذا أكمه أو أعرج أو أسل.

صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ، ....

(صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ) أملًا في الأولى فلأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة، وأما الثانية: فلأن يده على العبد وما عليه وسبق في الإقرار في ذلك وجه قطع به جماعة؛ لأن يد العبد كيد سيده، وأما في الثالثة: فلأن الأصل العدم والبينة ممكنة هذا هو الصحيح، ومنهم من جزم به.

وقيل: يصدق المالك أخذًا لتبلغه السلامة، وقيل: نفرق بين ما يبدو من العيوب وغيرها فيصدق المالك فيما يبدو والغاصب في غيره.

فروع: أقام المالك بينة بقيمته قبل الغصب لم يسمع، وقيل: يصير لأجلها القول قول المغصوب منه؛ لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وتبعه الْمَاوَرْدِي والروياني، ولو أقام بينة بصفاته أو أقربها الغاصب لم يعتمدها المغصوب.

قال الإمام: لكن يستفاد بينة الأوصاف إبطال دعواه مقدارًا حقيرًا لا يليق بتلك الصفات ويصير كما لو أقر بصفات تقتضي التفاسد ثم قوله لا يليق بها لم يلتفت إليه؛ بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدًّا يجوز أن يكون قيمة المثل ذلك الموصوف وتبعه الرَّافِعِي والمصنف وقضية ما في «البحر» أنه لا أثر لهذه البينة أصلًا بخلاف اعترافه بالصفات فإنه قال: قال الشَّافِعِي في «الأم»: لا تقبل هذه الشهادة ولا يسقط قول الغاصب بذلك؛ لأنه يجوز أن يعلم الغاصب بها إذا انتقص قيمتها مع وجود هذه الصفات بها، أما لو أقر الغاصب بالصفات وادَّعى مع ذلك أن قيمتها خمسمائة ويعرف أن من هو بتلك الصفات يساوي ألوفًا لا يقبل قوله؛ لأنه غير ممكن ذكره الْقَفَّال، انتهى.

وفي «الكافي» أنه لو وصف العبد وذكر مع الصفات القيمة وأقام شاهدين فبيَّنا أوصافه كما ذكرنا ولم نذكر القيمة.

قال الْقَفَّال: سمع به شهادتهما ويثبت العبد بهذه الأوصاف، والقول قول مالكه في قيمته، وقال القاضي يعني: الحسين لا يسمع إلا بعد بيان القيمة، وهو الأصح فإن قبول قوله بلا حجة لا معنى له، انتهى.

وَفِي عَيْبٍ حَادِثٍ يُصَدَّقُ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيمَةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ.

وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَصَارَتْ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ثُمَّ لَبِسَهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ، وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمِ .

وهذا هو المذهب والمنصوص، قال المالك: قيمته مائة، وقال الغاصب: خمسون فجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسين من غير تقدير، قيل: لا يسمع وسمعها الأكثرون وفائدته أن تكلف أي: يزيد على خمسين إلى حد لا يقطع البينة بزيادة عليه.

قال: (**وَفِي عَيْبٍ حَادِثٍ يُصَدَّقُ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه الأصل والغالب السلامة.

والثاني: يصدق الغاصب؛ لأن الأصل براءة الذمة، هكذا حكى الْمَاوَرْدِي وغيره الخلاف وجهين، وقيل: المصدق المالك قطعًا ونقلا الخلاف في «الروضة» و«الشرحين» قولين ولو ردَّه وبه عيب، وقال: هكذا غصبه، وقال المالك: بل حدث عندك؛ صدق الغاصب بيمينه، قاله في «الشامل» وتبعه الْمُتَوَلِّي والروياني والعمراني وحكاه الْبَنْدَنِيجِي عن النص، ثم حكى وجهًا آخر أن المصدق المالك.

قيل: وصورة الكتاب فيما إذا كان المغصوب تالفًا.

قال: (**وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيمَةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٍ**) أي: بسبب الرخص (لم يلزمه شيء) لأن الفاسد غياب الناس والعين باقية بحالها، وقيل يلزمه نقص القيمة.

وقال الإمام: إنه مقياس.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَصَارَتْ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ثُمَّ لَبِسَهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمِ**) أي: وهي العشرة في مثالنا؛ لأن الاستعمال استحقت منه أجزاء وهي مسألتنا نصفه فيغرم النصف منسوبًا إلى أقصى القيم كما يغرمها كلها عند تلفه وقس على هذا.

فرع: قال الإمام: والصفات في هذا كالأجزاء.

قُلْتُ: وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ أُتْلِفَ أَحَدُهُمَا غَصْبًا أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي الْأَصَحِّ، وَالله أَعْلَمُ.

قال: (**قُلْتُ: وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ أُتْلِفَ أَحَدُهُمَا غَصْبًا**) أي: له بمفرده.

(**أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي الْأَصَحِّ واللهُ أَعْلَمُ**) أي: خمسة للتالف وثلاثة لما حصل من التفريق الحاصل عنده، هذا ما أجاب به الرَّافِعِي فيما إذا تلف أحدهما.

وقيل: يلزمه درهمان؛ لأنه لم يتلف عنده إلا ما قيمته درهمان ذكره في «التنبيه»، وفي «الروضة» وفي «التتمة» والذي فيها نقل وجه: أنه يلزمه خمسة لا هذا وأما إذا أتلف أحدهما أو غصبه بمفرده وأتلفه فأوجه أصحها عند الجمهور على ما ذكره.

وثانيها: يلزمه خمسة كما لو أتلف كل فرد رحل، وصححه الإمام والْبَغَوِي.

وقال في «الروضة»: إنه الأقوى، ونقله الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» عن عامة أصحابنا وقرره خلافًا لصاحب «التلخيص».

والثالث: يلزمه درهمان.

إشارات: ظاهر كلام المصنف عود الخلاف إلى الجميع، وكذا حققه ابن الرِّفْعَة وصرح به في «البيان».

وقال في «الروضة»: في الأولى لزمه كذا قطعًا وخص الأوجه بالصورتين الأخيرتين الخلاف جارٍ في كل فردين لا يصلح أحدهما إلا بآخر، وأجراه الدارمي في زوجي النظائر إذا كان يساوي مع زوجه أكثر وهذا يجيء في القدح وولد البهيمة والأمة معه وربما ذكرته في جنايات «الغنية».

فرع: قال الشيخ أبو علي: لو غصب جاريةً لها ولد رضيع أو شاةً فهلك الولد لانقطاع اللبن فإن لم يوجد هناك من يُرضع الولد ضمنه الغاصب، وإن وجد مرضع فلا، كما لو حبس رجلًا فسرق ماله أو ضاع لم يضمنه الحابس.

وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ بِأَنْ جَعَلَ الْحِنْطَةَ هَرِيسَةً فَكَالتَّالِفِ، وَفِي قَوْلٍ يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ النَّقْصِ.

قال: **(وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ فَكَالتَّالِفِ)** في المغصوب.

(يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ بِأَنْ جَعَلَ الْحِنْطَةَ هَرِيسَةً) أي: مثلًا فيلزمه بذل جميعه من مثل أو قيمة لإشرافه على الهلاك هذا ما رجحه العراقيون وعليه فلمن تكون الهريسة ونحوها؟ وجهان كذا نقلاهما بلا ترجيح، وفي «شرح التعجيز» أنها تكون للغاصب، وفي وجه حكاه الْمُتَوَلِّي يكون للمالك، فلا يكون الغصب سببًا للملك.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ النَّقْصِ)** أي: الساري واختاره الإمام والْبَغَوِي كما لإسرائه له، وقطع بهذا القول بعضهم وفي قول يتخير المالك بين ذلك وبين تغريمه بدل ماله أو سجنه وفي «الشرح الصغير» وأفهم كلامه المثل إليه وهو كالتوسط بين القول الأول والثاني.

وقال في «الكبير»: إنه به أجاب طائفة منهم الشيخ أبو محمد.

قلت: وصححه الرُّويَانِي في «الحلية»، ورجحه المسعودي واخترته في «الغنية».

تنبيهات: منها: لم يصرح الرَّافِعِي في كتبه بترجيح وعجب ترجيح «المنهاج» ذلك واحدة من قول «المحرر» رجح منها كذا وكذلك قال في «الروضة»: إنه رجحه في «المحرر».

ومنها: حكى قول رابع شاذ أنه يتخير الغاصب بين إمساكه وغرمه، وبين رده مع أرشه وليس بمذهب، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» يقتضي أن الإجماع على خلافه.

ومنها: إطلاقه يفهم أنه لا فرق بين حصول النقص الساري بفعل الغاصب أو بغيره وكان ينبغي أن يقيده بفعله، وكأنه النفي عنه بالمثال، أما لو عيَّن الطعام في يده بطول المكث فطريقان.

قال الشيخ أبو حامد: هو كمثل الحنطة يتعين أخذه مع أرشه، واختاره ابن

وَلَوْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْمَالِ، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ غَرَّمَهُ الْمَالِكُ، وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ، ....

الصباغ، وصححه في «الروضة».

ومنها: عدًّا من أمثلة المسألة ما إذا غصب سمنًا وتمرًا ودقيقًا وعمله عصيدة، وقال في «الشامل» وغيره عن «الأم» أن المالك بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء طالبه بنفقات قيمته إن نقصت، وبه جزم الْعِمْرَانِي مع حكايتهم الخلاف في بل الحنطة، وقولهم أن المنصوص في «الأم» غرامه مثلها، وهو مؤيد للمختار في صورة الكتاب وفي نسبة الترجيح إلى العراقيين مطلقًا فيها يسمح فإن كثيرين منهم سكتوا عن الترجيح.

قال: (**وَلَوْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ**)؛ لأنه نقص حدث في يده وهو مضمون عليه.

(**بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْمَالِ**) أي: الواجب بجنايته؛ لأن الأقل إن كان هو القيمة فهي المضمونة، وإن كان المال فهو الذي وجب، وفي قولٍ يفتديه بالأرش ما بلغ كالقولين في فك السيد الجاني.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ**) أي: تلف العبد الجاني في يد الغاصب.

(**غَرَّمَهُ الْمَالِكُ**) أي: أقصى القيم من الأعيان المغصوبة.

(**وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ**) أي: تغريم الغاصب إن لم يكن غرمه؛ لأن الجناية مضمونة عليه.

(**وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ**) أي: من الغاصب؛ لأن حقه كان متعلقًا بالرقبة فيتعلق ببدلها كما لو أتلف المرهون يكون قيمته رهنًا، وقيل: إنما يطالب الغاصب لا غير كما لو أخذ المجني عليه الأرش لم يتعلق به المالك فهما كرجلين لكل منهما دين على ثالث ورجحه ابن الرِّفْعَة في مطلبه.

قال: (**ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ**) أي: بما أخذه المجني عليه من تلك القيمة التي أخذها المالك من الغاصب؛ لأن ما أخذه لم يسلم له؛ بل

وَلَوْ رَدَّ الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِك فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ رَجَعَ الْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ.

وَلَوْ غَصَبَ أَرْضًا فَنَقَلَ تُرَابَهَا أَجْبَرَهُ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ الْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ، وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْمَالِكُ إنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ، ....

أخذ منه لجناية مضمونة على الغاصب.

قال: **(وَلَوْ رَدَّ)** أي: الغاصب.

(الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِك فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ رَجَعَ الْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لحصول الجنائية حين كان مضمونًا عليه بخلاف ما لو سبقت الجناية الغصب ثم رد وبيع فيها لم يرجع المالك بشيء؛ لأنه حين الجناية لم يكن مضمونًا عليه.

قال: **(وَلَوْ غَصَبَ أَرْضًا فَنَقَلَ تُرَابَهَا أَجْبَرَهُ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ الْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ)** أي: عند تعذر رده كسائر المثليات فإن فقد مثله ضمن قيمته وفيها وجهان:

أحدهما: تقوم الأرض بترابها ثم بعد أخذه منها ويضمن ما بين القيمتين.

والثاني: يضمن أكثر الأمرين، وهكذا، أو من قيمة التراب بعد نقله عنها، ذكراه في «الحاوي» و«البحر» ونسب الأول إلى النص.

إشارة: لو كانت الأرض مستحسنة بالنماء وبغير الوجه المحكي عن النص ولا كلف رد مثله فيما يظهر ولم أر فيه نصًّا.

قال: **(وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْمَالِكُ إنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ)** أي: بأن كان قد دخل الأرض نقص يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش أو نقله إلى ملكه أو ملك غيره وأراد تفريغه أو سارع ويخاف من التغير به الضمان بل لو منعه المالك من رده لم يسمع منه لدفع الضرر عنه، وهذا إذا لم ييسر نقله إلى موات ونحوه من طريق الرد، فإن تيسر لم يرده إلا بإذن، قاله الإمام وغيره، وكذا لو كان قد ألقاه أولًا في موات أو أرض للمالك أن يكون الحكم كما لو كان الموات في طريقه كما سبق، وإذا رده بغرض معتبر فمنعه المالك من بسطه كما

وَإِلَّا فَلَا يَرُدُّهُ بِلَا إِذْنٍ فِي الْأَصَحِّ، وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ الْبِئْرِ وَطَمُّهَا، وَإِذَا أَعَادَ الْأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ فَلَا أَرْشَ لَكِنْ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِمُدَّةِ الْإِعَادَةِ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا.

كان؛ امتنع إلا أن يكون في الأرض حفر بخلاف من تلف شيء بها فله فرشه كطم البئر كما سيأتي.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن له فيه غرض بأن تلفه إلى موات أو من جانب الأرض إلى جانبها.

(**فَلَا يَرُدُّهُ بِلَا إِذْنٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لا يقع له فيه، والثاني: له رده؛ لأنه رد ملكه إلى محله، والخلاف إذا لم يمنعه المالك من الرد، فإن منعه لم يرد جزمًا، والخلاف مبني على أنه لو منعه فخالف فهل للمالك تكليفه النقل؟ بأننا إن قلنا فله الرد بغير رضاه وإلا فلا وهو الأصح.

قال: (**وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ الْبِئْرِ وَطَمُّهَا**) أي: وحكمه ما سبق فلو منعه المالك الطم ورضي باستدامة البئر ونحوها فإن كان للغاصب غرض سوى دفع ضمان السقوط فله الطم وإلا فلا في الأصح، وأجراهما الرُّويَانِي وغيره فيما لو قال: أبرأك من ضمان ما يتعلق بحفرهما وصحح الإبراء فلو لم يقل: رضيت باستدامتها واقتصر على المنع من الظلم.

قال الْمُتَوَلِّي: فهو كما لو صرح بالرضا ليضمنه إياه، ورواه الرُّويَانِي عن الأصحاب ومنعه الإمام.

قال الْمَاوَرْدِي: لو تراضيا على إبقاء البئر لم يزل عن الغاصب ضمان من يتردى فيه وليس للمالك مطالبته بمؤنة السيد؛ بل إنما يأخذه متى شاء. قال: (**وَإِذَا أَعَادَ الْأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ فَلَا أَرْشَ**) أي: لعدم ما يوجبه (**لَكِنْ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِمُدَّةِ الْإِعَادَةِ**) عبارة «الروضة» لمدة الحفر والرد، انتهى.

وهذا إذا كان لوضع البئر أجرة، وقال: إن كان رده إليها بعد تسليمها إلى المالك فلا أجرة عليه.

قال: (**وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا**) أي: مع الأجرة إن كان للموضع

فَصْلٌ

وَلَوْ غَصَبَ زَيْتًا وَنَحْوَهُ وَأَغْلَاهُ فَنَقَصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيمَتِهِ، رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيمَةُ فَقَطْ لَزِمَهُ الْأَرْشُ، وَإِنْ نَقَصَتَا غَرِمَ الذَّاهِبُ وَرَدَّ الْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِهِ إنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيمَةِ أَكْثَرُ.

أجرة لاختلاف سببهما كضمانه سائر صفات المغصوب الفائتة.

فرع: حكم فعل التراب وحفر البئر وغيره بلا غصب ولا إذن حكم الغصب.

فصل

قال: **(وَلَوْ غَصَبَ زَيْتًا وَنَحْوَهُ)** أي: من الأدهان.

(وَأَغْلَاهُ فَنَقَصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيمَتِهِ، رَدَّهُ) أي: فإن غصبه رطلًا قيمته درهم فأغلاه فبقي نصف رطل قيمته درهم ورده لبقاء العين.

(وَلَزِمَهُ مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصَحِّ) أن له بدل مقدر وهو المثلي فصار كما لو خص العبد فزادت قيمته، والثاني: يرده ولا شيء عليه جبرًا للنقصان بالزيادة، وزيف في «البحر» طريقة الوجهين وقال: المنصوص غرم الذاهب.

قال: **(وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيمَةُ فَقَطْ لَزِمَهُ الْأَرْشُ)** أي: جبرًا له.

(وَإِنْ نَقَصَتَا) أي: العين والقيمة جميعًا.

(غَرِمَ الذَّاهِبُ وَرَدَّ الْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِهِ إنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيمَةِ أَكْثَرُ) هذا هو المنصوص وعليه الجمهور، ومعناه: أنه يرد الباقي ويغرم الذاهب قطعًا، ثم إن لم يكن حصل في المال نقص فذاك وإلا رده مع أرشه، مثال الأول: إطلاق قيمتهما درهمان صار بالأغلا رطلًا قيمته درهمان فرده ورطلًا.

ومثال الثاني: صار رطلًا قيمته نصف درهم فيرد الباقي ويرد معه رطلًا ونصف درهم، وقيل: عليه أكثر الأمرين من عدمه نقص عينه ونقص قيمته ومقتضاه أنه يضمن في الأول ما قلنا، وفي الثاني درهمان ونصف.

فرع: في إعلامه النقص طريقان قيل كالزيت أصحهما لا فلا يضمن مثل

وَالْأَصَحُّ أَنَّ السِّمَنَ لَا يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ، وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لَا يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَى قَطْعًا.

الذاهب منه إذا لم ينقص قيمته؛ لأن الذاهب منه مائيته، ومن الزيت زيت ويجري الخلاف في العصير يصير خلًا والرطب يصير تمرًا، وأجراه الْمَاوَرْدِي والروياني في اللبن يجعل جبنًا، ولابن الرِّفْعَة فيه توقف أجيب عنه في «الغنية» فهذا ولما قلته كله، انتهى النقص فإن لم ينته فهو عيب شاذ.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ السِّمَنَ لَا يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ**) أي: طرأ في يده لم يثبت بعده وعادت قيمتها كما كانت؛ لأن السمن الثاني غير الأول، والثاني يجيزه كما لو ابيضت العين لجناية ثم زال بياضها وأجرى الإمام الوجهين في الحسن إذا زال ثم عاد وأجزنا فيما لو كسر الحلي ثم أعاد مثل تلك الصنعة.

قال في «البحر»: لو غصب عبدًا بيمينًا تساوي ألفًا فنزل أو قاهر له حتى ذهب بيمينه فزادت قيمته بالهزال ولم ينقص فلا شيء عليه؛ لأن ما نقص منهُ لا قيمة له، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي والسمن مفرط واعتدل لم تنقص القيمة فلا غرم، ولو كانت معتدلة الثمن فأفرط ثمنها بيد الغاصب فنقصت قيمتها، قال القاضي أبو الطيب: فلا غرم؛ لأنها لم تنقص حقيقةً ولا عُرفًا.

قلت: وفي الثاني وقفة؛ لأن السمن المفرط قد شوه الخلقة ويعطي بعض المحاسن ويمنع النهوض وكثير من الأعمال وعده أبو الطيب من الأمراض فعدم ضمان القيمة الحاصل به بعيد.

قال: (**وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ**) أي: أو تعليمها عند الغصب يجبر النسيان لأن ذلك لا يعد شيئًا متجددًا بخلاف السمن، ومنهم من قطع بهذا، والثاني: لا يجبر كالسمن ويحتمل أن يفرق بين التذكر والتعلم بأننا والعلم المحترم كالصنغة في ما ذكرنا وهذا كله إذا عاد كما كان فلو لم يبلغ بإلغائه القيمة الأولى ضمن بقية البعض قطعًا.

قال: (**وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لَا يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَى قَطْعًا**) لأن كل زيادة تخالف

وَلَوْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ لِلْمَالِكِ وَعَلَى الْغَاصِبِ الْأَرْشُ إِنْ كَانَ الْخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً.

وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ.

حبس التي قبلها لا يجبرها ويد العبد كصنعته وعمله، وقيل: يضمن البعض.

قال الْمَاوَرْدِي: وهو الأشبه بقاعدة الشَّافِعِي، وكذا الحكم فيما لو رده مريضًا قبرًا وزال الأثر المفهوم من إطلاقهما أن يذكر المستثنى من صنعة وغيرها أو يعلمه تخير النسيان سواء حصل بذكره أو يعلمه في يد الغاصب أو بعد رده.

وقال ابن الرِّفْعَة: لو تذكر في يد الغاصب فالذي يظهر الجبر أيضًا فأشعر بأن ما ذكروه من التذكر والتعلم فيما إذا حصلا بعد الرد وهو عجيب ويبعد أن يتخير ذلك بتعلم المالك له بالتاء بخلاف التذكر.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ لِلْمَالِكِ**)؛ لأنه عين ماله.

(**وَعَلَى الْغَاصِبِ الْأَرْشُ إِنْ كَانَ الْخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً**) أي: من الغصب لحصوله في يده، والثاني يعدم مثل العصير.

وقال الْمَاوَرْدِي: يغرم قيمته؛ لأنه بالتخمر كالتالف وعلى هذا الخل له أم للمالك؟ وجهان أصحهما للمالك وفي «التنبيه» وجه أنه يرد الخل ويضمن مثل العصير وأرش ما نقص وهو سهو، وحاول ابن الرِّفْعَة إثباته.

إشارة: الخلاف والترجيح جاء فيما لو غصب بيضًا فتفرخ عنده أو بذر أو نوى فنبت أو بزر قز أو نحوها، وقيل: هو للمالك قطعًا في هذه الصور، وجعله الرُّويَانِي المذهب وزيف أجزاء الخلاف فيها.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ**) لأنهما فرع ملكه فإن تلفا بيده غرمهما.

والثاني: هما للغاصب لحصولهما عنده مما ليس بمال.

فَصْلٌ

زِيَادَةُ الْمَغْصُوبِ إنْ كَانَتْ أَثَرًا مَحْضًا كَقَصَّارَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا ،

والثالث: الخل للمالك دون الجلد.

والرابع: عكسه؛ لأن الجلد يقتنى دون الخمر، وخص الإمام الخلاف بالخمر المحترمة وجزم بعدم وجوب الرد في غيرها، وخصصه الْمُتَوَلِّي بغير المحترمة وجزم بوجوب الرد فيها، نعم لأن في الرابع في المحترمة إن قلنا إنها تقتنى للتخلل، وقوله ولو غصب يسير إلى أنه لو أعرض ذو اليد عنهما فإن الخل والجلد يكونا للأخذ وهو الصحيح.

فرع: هلكت البهيمة عنده فعليه القيمة وتسليم الميتة، قاله الدارمي، والظاهر أنه لا يلزمه مؤنة ردها إلى المالك؛ بل يخلى بينه وبينها ويحتمل خلافه ولو غصب خشبًا أو غيره فأحرقه فالرماد له أو للمالك؟ فيه وجهان في «البحر».

والثاني: أفتى الْبَغَوِي وفي مؤنة الرد ما أشرنا إليه.

فرع: غصب وثيقةً أو سجلًا ونحوهما وأتلفه ضمن قيمته الكاغد فقط، قاله الْمَاوَرْدِي والفوراني والروياني وغيرهم وسواء أبطل الاحتجاج به أم لا، ولو نجاه فقط فلا غرم إلا أن ينقص قيمة الكاغد فيغرم نقصه، قاله الْمَاوَرْدِي والروياني، وذكر الشيخان في آخر الوديعة عن بعضهم أنه لو أودعه قبالة وقال لا تدفعها إلى زيد حتى يعطيك دينارًا فدفعها إليه قبل أن يعطيه فعليه قيمة القبالة مكتوبة الكاغد وأجرة الوراق، وأفتى ابن الصلاح بأنه يلزمه قيمة الكاغد؛ لكن لا قيمة ورقة ساذجة؛ بل قيمة ورقة فيها إثبات ذلك الملك، فيقال كم قيمة ورقة يتوصل بها إلى إثبات مثل هذا الملك ثم يوجب ما ينتهي إليه التقويم، انتهى، والمنقول ما ذكرناه أولًا.

قال:

(فَصْلٌ:

زِيَادَةُ الْمَغْصُوبِ إنْ كَانَتْ أَثَرًا مَحْضًا كَقَصَّارَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا) لعدوانه.

وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمْكَنَ، وَأَرْشَ النَّقْصِ.

وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ كُلِّفَ الْقَلْعَ.

قال الْمَاوَرْدِي: وغلط بعض أصحابنا فجعله شريكًا كالفلس وأجرى في غير القصارة من الآثار.

(وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُه رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمْكَنَ) أي: كما لو طبع الورق دراهم أو حليًّا أو النحاس ونحوه من أواني أو الطين لبناء لتعديه بما فعل، فإن لم يمكن كالقصارة فلا، بل يرده بحاله وأرش نقصه إن نقص، وشرط الْمُتَوَلِّي أن يكون له في الرد كما كان غرض صحيح خلافًا للإمام، وإطلاق الشيخين موافقه، والأول أحسن ويخرج من «الحاوي» أن المسألة على وجهين.

إشارة: قوله **(وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ)** يؤخذ منه أنه الغاصب.

(رَدَّهُ كَمَا كَانَ) وعليه الأرش إلا أنه إذا كان له فيه غرض صحيح لم يمنع وولي المحجور ففعل ما هو الأحوط له.

قال: **(وَأَرْشَ النَّقْصِ)** أي: إذا ردّه ناقصًا لدخوله في ضمانه.

قال: **(وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا)** يعني: الزيادة عينًا.

(كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ كُلِّفَ الْقَلْعَ) أي: وأرش النقص؛ لأنه عرق ظالم «ليس لعرق ظالم حق»[١] حديثٌ حسنٌ، سبق في العارية.

ولو أراد الغاصب القلع مكِّن منه؛ لأنه عين ماله وإذا قلع لزمه الأجرة وفي وجوب التسوية والأرش ما تقدم في نقل التراب ولو نقصت الأرض لطول مدة الغراس.

قيل: يجمع بين الأجرة وأرش النقص ألا يجب لأكثرهما فيه ما سبق في إتلاف الثوب بالاستعمال وليس لرب الأرض تملك البناء والغراس ولا إبقاء الزرع بأجرة على الأصح ليمكنه من القلع مجانًا.

فرع: لو كان الغِراس لصاحب الأرض، ففي «الحاوي» و«البحر» أن له

---

(١) تقدم تخريجه.

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ بِصَبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

إلزامه بقلعه إن كان له فيه غرض وعليه أرش نقصه، وإن لم يكن له فيه غرض صحيح ففي إجباره وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه عيب.

والثاني: نعم؛ لتعديه، فلو كانت القيمة تنقص بالقلع عما كانت قبل غرسه يطالب المالك بأرشه مع تركه قائمًا ولا نقص فيه فعلى الأول لا يجاب، وعلى الثاني يجاب؛ لأنه لما استحق المطالبة به مع إلزامه مؤنة القلع فلأنه يستحقه مع عفوه عن القلع أولى.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن غصب الغرس من أجنبي فلكل منهما إلزامه القلع ثم يرجع كل عليه بنقص ملكه فلو اشترى المالك الأرض والغرس قبل قلعه فله أخذ الغاصب بقلعه حيث له فيه غرض صحيح، وله أرش نقص الأرض دون الغرس، ولو اشترى الآخر الأرض فالحكم كما مرّ، وإن بقي كل شيء على مالكه وهرب الغاصب قبل القلع وأزاد ففي ممن يتحمل مؤنته منهما وجهان، ثم هي بمجملها دين على الغاصب.

قال: (**وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ بِصَبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**) كما يجبره على قلع الغراس، والثاني: لا لما فيه من الضرر بخلاف الغراس فإنه لا يضيع بالقلع.

واعلم أنهما لم يصرحا في «الروضة» و«الشرحين» بترجيح؛ بل عبارة «الشرح الصغير» تشعر بترجيح المنع، فإنه قال: أرجحهما عند جماعة منهم الإمام والْبَغَوِي نعم، وأظهرهما عند العراقيين وابن سُرَيْج لا، ثم فرَّق بين الصبغ والغراس، والمنع هو ما نقله القاضي الحسين والعمراني عن عامة الأصحاب وصححه الرُّويَانِي في «الحلية».

وقال في «البحر»: إنه ظاهر المذهب؛ لأن الشَّافِعِي قال: إن شئت فاستخرج الصبغ فجعله إلى اختيار الغاصب ولم يجبره على نزعه، انتهى، وإذن الجمهور على المنع لا الإجبار.

وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ، وَإِنْ نَقَصَتْ لَزِمَهُ الْأَرْشُ وَإِنْ زَادَتْ اشْتَرَكَا فِيهِ.

إشارة: نقل الإمام أن الخلاف فيما إذا كان المفصول يصبغ حمله ولا يبقى منه إلا شيء حقير، وجعل الْمَاوَرْدِي محل الوجهين إذا كان الصبغ قد أحدث زيادة يفوتها بالفصل فإن لم يكن كذلك أجبر وإن نقص به الثوب وفي «الذخائر» عن العراقيين أن محلهما إذا نقصت قيمة الصبغ بالقلع فإن لم تنقص أجبر قطعًا كما جزم به المراوزة في الحالين، قاله ابن الرِّفْعَة.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ)** يعني: فصل الصبغ.

(فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ) مصبوغًا بأن كان قبل الصبغ عشرة وبعده عشرة.

(فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ)؛ لأن صبغه ممحو كما لو طيرته الريح.

(وَإِنْ نَقَصَتْ) يعني: قيمة الثوب فصار يساوي خمسة.

(لَزِمَهُ الْأَرْشُ) كغيره من النقص الحاصل بفعله.

(وَإِنْ زَادَتْ) إلى أن صار يساوي عشرين.

(اشْتَرَكَا فِيهِ) أي: هذا بثوبه وهذا بصبغه لا شركة شيوع، ثم نقل الرَّافِعِي عن إطلاق الأكثرين أن الزيادة بينهما وأن النقص عن الصبغ، وعن «الشامل» و«التتمة» أنه إن زاد بالعمل فالزيادة بينهما أو بارتفاع قيمة أحدهما فقط فالزيادة لمالكه وأما النقص فإن كان لانخفاض سوق الثوب عنه أو لسعر الصبغ أو بسبب العمل فمن الصبغ.

قلت: وهذا التفصيل هو الحق وبه جزم القضاة الْبَنْدَنِيجِي وأبو الطيب والحسين والروياني وفي قضية كلام «النهاية» و«البسيط»؛ لكنهما ذكرا في طرق البعض.

قال الرَّافِعِي: ولكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق، وأفهم في «الشرح الصغير» ضعفه أو غراسه حيث نقل إطلاق الجمهور، ثم قال: وقيل كذا والتفصيل متعين وهو يستعمل لفظه، وقيل: فيما لم يكن مشهورًا عنده ولا يزيد به التوهين؛ بل نقل ذلك فيما لم يذكروا سواه وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

....

فروع وتنبيهات: عن القديم أنه إذا لم يمكن فصل الصبغ فإنه رب الثوب وعنه أيضًا إطلاق القول بأنه معوز به وهما شاذان، وقول المصنف أول المسألة بصبغة تشير إلى صورتين:

الأولى: أن يكون الصبغ لرب الثوب فإن لم يحدث بفعله نقص فهو للمالك ولا غرم له ولا شيء للغاصب إن زادت القيمة وإن حدث بفعله نقص غرم الأرش.

الثانية: أن يكون الصبغ لثالث فإن لم يحدث بفعله نقص فلا غرم عليه وهما شريكان فإن حدث نقص والنقص على الصبغ كما سبق ويغرم لصاحبه ما نقص جميع ما سبق فيما إذا لم يكن الصبغ بمؤنها، فإن كان قال الرَّافِعِي: فهو كنظيره من التزويق وحكمه أنه ليس للغاصب نزعه إلا برضا المالك وإجباره عليه في الأصح كالثوب يعصر، قاله في أصل «الروضة»، والرافعي نقله عن الْبَغَوِي وأقره وفيه وقفة ويظهر أن له إجباره؛ لأنه عين حقيقة وليس أمرًا محضًا كالقصارة لو ذهب الغاصب الصبغ من المالك وأمكن فصله ثم يجبر على قبوله على الأصح في زوائد «الروضة» كالغرس، وصحح مقابله الرُّويَانِي.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إنه ظاهر النص لو بدَّل مالكه الثوب قيمة الصبغ وأراه لمالكه لم يجبر الغاصب عليه، وعزى إلى نصه في «البويطي»، وقيل: يجبر، وقيل: إن كان الصبغ لو انفصل لم يحصل منه شيء ينتفع به أجبر، وإلا فلا، وحيث اشتركا بالصبغ لم ينفرد أحدهما ببيع ملكه على الأصح؛ لأنه لا ينتفع به وحده.

وقيل: يجبر صاحب الصبغ وهو الغاصب على موافقة صاحب الثوب، والحاصل ثلاث أوجه.

فرع: قال الغاصب: الصبغ لي، وقال المالك: هو لي فإن لم يكن استخراجه صدق المالك؛ لأنه صادق وإن أمكن صدق الغاصب، قاله الْمَاوَرْدِي والروياني.

وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ التَّمْيِيزُ لَزِمَهُ، وَإِنْ شَقَّ فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ.

قالا: ولو اختلف الصباغ بأجره، وصاحب الثوب كذلك فإن كان الأخير منفردًا صُدِّق ذو التفرق بيمينه أو مشتركًا بالصباغ فأجره؛ لأن اليد في المنفرد كرب الثوب، وفي المشترك للأخير.

قال: **(وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ التَّمْيِيزُ لَزِمَهُ وَإِنْ شَقَّ)** أي: سواء خلط بجنسه أم بغيره لإمكان رد عين ما أخذ وإن لم يكن يميز جميعه وجب تمييز ما أمكن، قاله ابن الصباغ، وقيل: إذا لحقه في التمييز مؤنة كثيرة رد بدله فالظاهر أنه لا فرق بين أن يخلطه هو أو غيره بغير علمه.

قال: **(فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ)** أي: سواء خلطه بمثله أو أجود أو أردئ؛ لأنه تعذر رده فأشبه التالف.

(وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ)؛ لأن الحق انتقل إلى ذمته وصبر كالهالك وله أن يعطيه أيضًا من المخلوط إن كان مثل المغصوب أو أجود، وإن كان دونه فلا، إن يرضى به فقط، ولا خفاء أن هذا في الجنس الواحد كما مثَّلنا، أما لو خلطه بغيره كالزيت بـ«الشَّيْرَج»[1] فلا على المذهب.

وقيل: على الخلاف في اختلاط الجنس بالجنس.

واعلم أن ما رجحه هو ما جعله في «الروضة» المذهب والنص، وقيل: قولان هذا، والثاني: يشتركان ويرجع في قدر حقه من المخلوط، والثالث: إن خلط بالمثل اشتركا وإلا فكان هالك، انتهى.

ونقل القاضي الحسين النص على وجه الآخر يقال نص على أنه إذا اختلط بالأجود على أن الغاصب يجبر وإذا خلط بالمثل أعطاه من المخلوط وإن خلط بالأردئ خيِّر المغصوب منه بين أخذ حقه منه أو من مثله، انتهى.

قال بعض شيوخ العصر: والذي أقوله وينشرح صدري له أن القول بالهلاك باطل؛ لأن فيه يملك الغاصب.

---

(١) هو المعروف بدُهن السمسم.

وَلَوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنَى عَلَيْهَا أُخْرِجَتْ، ....

قال: المغصوب منه بغير رضاه؛ بل يعدمه الخلط ثم استدل على بطلانه بعدة أحاديث مصرحة بأنه لا يحل مال المسلم بغير طيب نفس.

قال: فهذه الأحاديث كلها تدل على بطلان القول بأنه كالتالف وهو موجود حسنًا والقول الاشتراك بمعنى: الشيوع باطل لما ذكرناه ولا يمكن أن يقال يجب على الغاصب دفع ماله إلى الغاصب بغير عوض لما ذكرناه، فلم يبق إلا أن يقال ملك كل واحد باقٍ وهو مختلط بملك صاحبه لا يمكن فصله كالثوب والصبغ الذي يمكن فصله وتزيد قيمته به فيكونا شريكين لا على الإشاعة؛ بل هذا يرتبه مثلًا وهذا يرتبه فإن اتفقا على بيعه باعا واقتسما الثمن على قدر المالين، وإن شاء جاء في الاختيار ما ذكرناه في الصبغ، وكذا في الخروج من ضمان الغصب وأتمه ما ذكرناه هنا بحثًا لا نقلًا من أنه يجب رد الجميع ويبقى في يد المغصوب منه مشتركًا حتى تنفصل الخصومة بينهما، أو يطالب الغاصب برفع يده وتسليمه إلى الحاكم، أو يرى المالك إبقاءه عند الغاصب، فإن قيل: هذا خلاف الطرق الثلاثة وخروج على قاعدة المذهب بالكلية، فالجواب أن القول بالشركة يمكن تنزيله على ما قبله إمكانًا ظاهرًا، أو القول بالهلاك لا يمكن تأويله فهو بعيد وغريب موروث بالنظر واتباع الحق، وكيف نقول ما لم يقم عليه دليل مع أنه يلزم من مفاسد لا تحصى منها تسليطًا كظلمه على تملك أموال الناس بعضها وخلطها بأملاكهم وأين هذا من الحق!

ما أبعده من قواعد الشَّافِعِي والله المستعان، انتهى.

تنبيه: النص المفروض في خلط الزيت بالزيت والقمح بالقمح ولا يتوهم أن ذلك خاص بالمثلي؛ بل هو في المثلي والمتقوم، وضابطه ألا يتميز ومقتضى هذا الإطلاق أنه لو خلط الدراهم كلها بحيث لا تتميز جرى الخلاف فيها؛ لكن ابن الصباغ وغيره جزموا بأن قول الهلاك لا يأتي فيها، وحكى في خلطها وجهين: أحدهما: القسمة، والثاني: يخير المالك بين القيمة والمطالبة بالمثل.

قال: **(وَلَوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنَى عَلَيْهَا أُخْرِجَتْ)** أي: وإن تلف على الغاصب نسبة أضعاف قيمتها سواء كان المبني عليها له أم لغيره كمنارة مسجد.

وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ فَكَذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ.

وَلَوْ وَطِئَ الْمَغْصُوبَةَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ، حُدَّ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَا حَدَّ، وَفِي الْحَالَيْنِ يَجِبُ الْمَهْرُ إِلَّا أَنْ تُطَاوِعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

قال الْمَاوَرْدِي والروياني وتحسب عليه بعد نقض المنارة غرم نقصها للمسجد، وإن كان هو المتطوع بها بخروجها عن ملكه وهذا الإخراج إذا بقي لها قيمة فإن غصب وذهبت القيمة فلا وحكم الآجر واللبن والحصر والحجر حكم الخشبة وإذا أخرجها لزمه أرش نقصها إن جعل فيه بعض الأجرة كما سبق في إبلاء الثوب.

قال: **(وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ فَكَذَلِكَ)** أي: تخرج ما بقي لها قيمة.

(إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ) أي: بأن يكون في اللجة وهي في أسفلها وفي ماله وسفينته.

وقال: من علم الغصب وجه رجحه الإمام لتعديه، فعلى الأصح يؤخر النزع إلى الشط، وفي «الروضة» ما يفهم أو يوهم جواز التأخير إلى الانتهاء إلى الشط الذي يقصده وليس بمراد وإنما المراد أنها ترد إلى الشط عند الإمكان ثم يؤمر بنزعها كما اقتضاه كلام الرُّويَانِي وغيره وهو ظاهر إذا لم يكن للشط المردود إليه مهلكة للنفس والمال ولرب الخشبة طلب القيمة للحيلولة إلى الانتهاء إلى الشط، وفي حكم الانتهاء إليه ما إذا كان بقرية وفراق ينتزع فيه بلا ضرر.

قال: **(وَلَوْ وَطِئَ الْمَغْصُوبَةَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ حُدَّ)**؛ لأنه وإن علمت به أم لا، يستثنى من هذا الأب ونحوه لما استغرقه.

(وَإِنْ جَهِلَ) أي: تحريمه بجهله بتحريم الزنا أو لتوهم حلها له بالغصب أو ملكه إياها أو لظنه أنها أمة أبيه أو أمة تحل له، كما نص عليه الشَّافِعِي.

إشارة: قبلنا قوله في ذلك وهو ممن يخفى عليه الحظر.

(فَلَا حَدَّ) للشبهة. **(وَفِي الْحَالَيْنِ يَجِبُ الْمَهْرُ)** أي: في كل حال علمه فقط وجهلهما؛ لأنها ليست بزانية.

قال: **(إِلَّا أَنْ تُطَاوِعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ)** أي: المنصوص للنهي

وَعَلَيْهَا الْحَدُّ إنْ عَلِمَتْ وَوَطْءُ الْمُشْتَرِي مِنْ الْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي الْحَدِّ وَالْمَهْرِ، فَإِنْ غَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

المتفق على صحته في مهر البغي: «لا مهر لبغي»(١).

والثاني: لا يجب؛ لأنه السيد فلا يؤثر فيه طواعيتها وهذا في مطاوعة من يعتبر مطاوعتها وتكون بها زانية كما أشرنا إليه لا مجنونة وصغيرة ونحوهما ويأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى في نكاح السفيه استقلالًا، ولو ادَّعت الإكراه وكذبها ففي المصدق منهما قولان في «الحاوي».

قال في «البحر»: ويشبه أن يكون بناءً على القولين فيما لو اختلف رب الدابة وراكبها في العارية والكراء كما ذكرنا.

قال: **(وَعَلَيْهَا الْحَدُّ إنْ عَلِمَتْ)** لزناها.

(وَوَطْءُ الْمُشْتَرِي مِنْ الْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي الْحَدِّ وَالْمَهْرِ) لاشتراكهما في وضع اليد فيعود ما سبق في حالتي العلم والجهل، نعم لو شاء جهل المشتري بتحريم الوطء بكونها مغصوبة قبلت دعواه ولا يشترط في قبولها كونه نشأ ببادية أو قرب عهده بالإسلام، قاله في «الشامل» وغيره.

قال: **(فَإِنْ غَرِمَهُ)** أي: غرم المشتري ونحوه المهر.

(لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ) أي: لأنه المتلف، والثاني: يرجع إذا جهل للغرور والخلاف جارٍ في أرش البكارة إن أوجبناه.

فائدة: سكت عن ذكر أرش البكارة وفيه أوجه صححناها في وطء الغاصب والمشترى منه وفي الديات أنه يجب مهر ثيب وأرش بكارة، وأفتى به المصنف.

والثاني: يجب مهر بكر فقط ويندرج فيه الأرش وصححاه في باب الرد بالعيب.

والثالث: يجب مهر بكر وأرش البكارة وبه جزما في البيع الفاسد

---

(١) قَالَ الشيخ الرَّافِعِيُّ: الْمَشْهُورُ فِي لَفْظِ هَذَا الْخَبَرِ أَنَّهُ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ لَا كَمَا فِي الْكِتَابِ - يَعْنِي الْوَجِيزَ - وَحَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ: مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنْ حَدِيثِ أَبِي مَسْعُودٍ. التلخيص الحبير للحافظ (٣/٤٨٦). أخرجه البخاري (٢٠٨٣)، ومسلم (٢٩٣٠).

وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ، وَإِنْ جَهِلَ فَحُرٌّ نَسِيبٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الِانْفِصَالِ، وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ.

والغاصب أولى، فهو المختار؛ لأنه استمتع ببكر والأرش لجبر الفائت فهما سببان مختلفان.

قيل: وينبغي أن تكون الصورة فيما إذا زالت البكارة مع التقاء الختانين، فلو زالت قبله برأس الحشفة فالوجه وجوب أرش البكارة ومهر ثيب ولو زالت بعده بأن كانت غورًا فينبغي القطع بأرش البكارة ومهر مثلها وهي بكر غوراء لم تزل بكارتها.

قلت: والغوراء من بكارتها في صدر الفرج وذكر الْمُتَوَلِّي في الديات أن الواطئ لو كان يستحق قبلها قودًا فلا أرش عليه على وجهي إفراده وللوجهين فوائد غير هذه وقد ذكرت في «الغنية» هنا وفي الصداق كلامًا شافيًا على تكرر المهر بتكرر الوطء وفيه فوائد.

قال: **(وَإِنْ أَحْبَلَ)** أي: الغاصب أو المشتري فيه.

(عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ) لأنه من زِناه.

(وَإِنْ جَهِلَ فَحُرٌّ نَسِيبٌ) أي: المشبهة وينعقد حرًّا، وقيل: رقيقًا ثم أعتق ورفق. قال: **(وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ)** أي: بتقدير رقه لتفويته بظنه.

قال: **(يَوْمَ الِانْفِصَالِ)** أي: إن انفصل حيًّا وإن انفصل ميتًا فلا غرم في الأصح حيث لا جناية وإن انفصل بجناية الغاصب أو غيره ضمن ولينظر فيما لو انفصل حيًّا حياةً غير مستقرة ثم مات هل يكون انفصل ميتًا أم لا؟

قال **(وَيَرْجِعُ بِهَا)** أي: بالقيمة.

(الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ)؛ لأن المشتري لا يوجب ضمانه وفي «التتمة» عن رواية الأستاذ أبي إسحاق القطع بأنه لا يرجع وعنه فيما نقله الرَّافِعِي أن الرجوع فيها كالرجوع بالمهر؛ لأن نفع حرمة الولد تعود إليه فيكون فيه قولان هكذا هو في «الشرحين» وغيرها ووقع في «الروضة» بخط المصنف وفيما نقل منها لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حرًّا على المذهب.

وَلَوْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ، وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَا يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا فِي الْأَظْهَرِ وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ وَبِأَرْشِ نَقْصِ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ إِذَا نَقَصَ فِي الْأَصَحِّ، ....

وقيل: قولان، انتهى، والصواب حذف قوله له فإنه سبق قلم.

فرع: نقل الرَّافِعِي تبعًا للإمام عن العراقيين القطع بأنه يرجع بأرش نقص الولادة، وقال المصنف: إنه المذهب، وعزى ابن الرِّفْعَة إلى الجمهور وعدم الرجوع ورواه الْبُوَيْطِي عن الشَّافِعِي؛ لكن القاضي الحسين وطائفة جزموا بالرجوع لقيمة الولد، وقد استدرك على الإمام بأن من أكابر العراقيين القضاة أبو الطيب والبندنيجي والماوردي والروياني جزموا بعدم الرجوع بنقصان الولادة وما عزاه ابن الرِّفْعَة إلى الجمهور صحيح، وحينئذٍ يتعين أن يقال إن نقص عن حالها وقت البيع لم يرجع بأرشه عند الجمهور وإن نقصت عن زيادة تحدث وغرمها رجع بغرم أرشها.

قال: **(وَلَوْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ)** أي: علم أو جهل لأن المشتري عقد ضمان، وقيل: يرجع من المغروم بما زاد على قدر ثمن المثل سواء اشتراه رخيصًا أم زادت قيمته.

قال: **(وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: بآفة سماوية كما لا يرجع بالقيمة عند تلف الكل إلحاقًا بالأجزاء بالجملة، والثاني: يرجع؛ لأن العقد يوجب ضمان الجملة لا الأجزاء على الانفراد وأما لو تعيَّب بفعله أو أتلف الجميع فلا رجوع قطعًا.

قال: **(وَلَا يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا)** أي: كركوب ولبس وسكنى ونحوها. **(فِي الْأَظْهَرِ)** هما القولان في المهر وقد مرّا بالتوجيه.

قال: **(وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ)** أي: من المنافع.

(وَبِأَرْشِ نَقْصِ) أي: بالصاد المهملة.

(بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ إِذَا نَقَصَ) أي: بالصاد المعجمة.

(فِي الْأَصَحِّ) أي منها أما في الأولى فلأنه لم يتلف ولا يشرع في العقد

وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ وَلَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَمَا لَا فَيَرْجِعُ. قُلْتُ: وَكُلُّ مَنْ انْبَنَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَكَالْمُشْتَرِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ].

على أن يضمنها به ووجه مقابلة تنزيل التلف منزلة الإتلاف، وأما يوجبه الأصح في الثانية.

وحكى عن الْبُوَيْطِي أنه شرع في العقد على ظن السلامة وإنما جاء الضرر من تقدير الغاصب ووجه مقابلة التشبيه بعدم الرجوع بما أنفقه على العمارة وكأنه بالبناء متلف ماله.

فرع: قال الْبَغَوِي: القياس أنه لا يرجع بما أنفق على العبد وخراج أرض أداءً، وقال في «الفتاوى» أصح الوجهين.

قال الْمُتَوَلِّي: وثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة وقد يوجد ذلك من لفظ «المنهاج».

قال: **(وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ وَلَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي)** لأن القرار عليه لا على المشتري، والرجوع على من عليه القرار.

قال: **(وَمَا لَا فَيَرْجِعُ)** أي: وكل ما لو غرمه المشتري لم يرجع به على الغاصب كأجرة المنافع التي استوفاها إذا غرمه الغاصب رجع به على المشتري لأن القرار عليه.

قال: **(قُلْتُ: وَكُلُّ مَنْ انْبَنَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَكَالْمُشْتَرِي، والله أَعْلَمُ)** يعني: من الضابط المذكور في الرجوع لا في كل الأشياء لما عرف من فقه الباب، وما أحسن قول «التنبيه» وتحريره للضابط حيث قال: إن علم المشتري بالغصب لم يرجع، وإن لم يعلم فما التزم ضمانه بالبيع لم يرجع به، وما لم يلتزم ضمانه ولم يحصل له به منفعة رجع به، وما حصل له به منفعة.

قال: في القديم يرجع، وقال في الجديد: لا يرجع، وإن ضمن الغاصب فكل ما لم يرجع به المشتري رجع به على الغاصب، وكل ما رجع به المشتري لم يرجع على الغاصب انتهى.

....

فروع منثورة: تصح الدعوى ككل ما يحل الانتفاع به من النجاسات على عينه والمطالبة برده، فإن لم يعينه؛ بل قال: كان لي كذا فأخذهما من غصب فوجهان رواهما شُرَيْح الرُّويَانِي عن رواية جده منفعة المساجد والشوارع وغرمه والمقابر المدفونة تضمر بالتفويت دون الفوات.

وقيل: لا يضمن منفعة المسجد بالتفويت لأنه يصح إجارته ولا قيمة لمنفعته ويجب طرده في غير المسجد وذكر الْغَزَالِي والمصنف في فتاويه أن أجرة المسجد تصرف في مصالحه، والذي ذكره الْمُتَوَلِّي أنها تكون لمصالح المسلمين كمال بيت المال وبه أفتى ابن زين وغلط من نسب الأول إلى الْمُتَوَلِّي، وفي فتاوى الْغَزَالِي والشاشي أن منفعة المسجد تضمن بالفوات أيضًا تحت اليد العادية كمنفعة الأملاك فاجتمعت آراء أصحها التفصيل، وفي فتاوى القاضي الحسين أنه لو غصب ورق التوت في أوانه فتلف لزمه مثله فإن انقضى أوانه لزمه كما لو غصب حمدًا في الصيف لزمه في الشتاء قيمته في الصيف.

ثم هل يعتبر قيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف، أو من الغصب إلى انقطاع المثل؟ وجهان، وأنه لو غصب مالًا أطعمه ولده الصغير ثم بلغ فادعى المالك عليه لزمه الغرم، وهل يرجع به على العار؟ قولان، وأنه لو غصب عرصة بيضاء وبنى فيها دارًا ثم انتزعت بعد مدة؛ نظر إن بنى فيها بترابها لزمه أجرة مثل الدار أو بآلة أجنبية لزمه دفعها وعليه نصف أجرة مثل الدار تغليظًا عليه.

قلت: وفيه نظر! وإنه لو هرب عبد ودخل دارًا بلا إذن فأقام بها ليلًا وخرج بلا إذن وهرب، وعلم رب الدار أنه عند فلان ولم يعلمه فحكمه حكم ما لو أطارت الريح ثوبًا إلى داره وعلم بمالكه ولكن من رده ولم يرده ففي ضمانه وجهان.

قلت: وفيه نظر! وأنه لو أبق عبده فظفر به صديقه وأخذه ليرده عليه فأبق منه، قال القاضي: عندي أنه إلى أخذه كان الواجب عليه أن يسلمه إلى الحاكم فإن هرب من يده ولم يمكنه تسلميه للحاكم فلا ضمان، أو بعد التمكن ضمنه.

قلت: إن كان التصوير في غيبة المالك أو تعذر لغاية عن قرب فذاك، وإن

....

كان حاضرًا أو لم يوجد المضي إليه حتى هرب فلا يظهر ما ذكره ولا سيما إذا كان موضعه أقرب من دار القاضي، وإنه لو غرس أرضًا عدوانًا ثم أجَّره المالك العرصة على سنتين مثلًا جاز وليس له قلع الأشجار؛ إذا كان شرط في العقد بنفيها فإذا انقضت المدة قلعها مجانًا، وفي «الكافي» ذكر أنه لو هدم جداره فانهدم على جدار جاره فهدمه أو ضربه بالفأس فنزل وسقط في الحال عليه الضمان، وإن سكن ثم سقط بعد ذلك لا ضمان عليه بناءً على الأصح يعني: في مسألة الطائر، وفيه نظر!.

وإنه لو وضع عمودًا لجداره المائل فجاء آخر ورفع العمود فسقط الجدار في الحال ضمنه، أو بعد زمان فلا في الأصح، وأنه لو ضرب به آخر وفيها دينار فضاع ضمنه، ولو خاصمه فأسقط المنديل عن رأسه بيده أو هزه حتى سقط يكون المنديل مضمونًا عليه حتى لو وقع في نار هناك فاحترق، أو كان زحام فضاع ضمنه.

وإنه لو دخل حانوت حداد وهو يطرق فطارت شرارة أحرقت ثوبه فهدر، وإن دخل بإذنه ولو كان في السوق فضمنه؛ لأنه بتعديه يشترط السلامة.

وإنه لو دخل داره إنسان بغير إذنه فسقط عليه شيء ضمنه، وكذا إن دخل بإذنه إلا أن يكون المتاع على ممره وهو أعمى أو كان في ظلمة، وإنه لو نشر القصار ثوبه في الطريق فجاء راكب فسير الدابة عليه فمزقته فإن كان بصيرًا وكان بالنهار فعليه الضمان؛ لأنه أتلفه عمدًا، وإن كان أعمى وكان بالليل فلا ضمان؛ لأن التفريط من القصار ذكره قبيل باب دية الجنين، انتهى، وهذا فيمن يقصر لنفسه.

وإنه لو دخل الحمام فزلق فسقط على طاسٍ فانكسر ضمنه، فلو جرحه الطاس فهدر إذا لم يكن موضوعًا على الممر، وإن كان على ممره أو كان الداخل أعمى أو في ظلمة فله أرش جراحة، ولا يضمن الطاس إلا أن يكون البيت ضيقًا لا موضع لوضع الطاس إلا ممره فيضمن الداخل الطاس وعلى صاحبه ضمان الجرح على الأصح.

وإنه لو غصب فرسة فتبعها المهر كان غاصبًا له على الأصح لأن ملازمة

....

المهر فوق ملازمة القطيع العادي.

وإنه لو أوقد نارًا في حشيش أرضه فتعدت على أرض جاره فأحرقت لزمه إن كان الحشيش متصلًا بحشيش تلك الأرض ضمن.

وإنه لو سقى أرضه فسرت على أرض جاره وفسد فله أحوال:

أحدها: أنه تجاوز الحد في السقي فصب الماء إليها فيضمن.

الثاني: أن يدخلها الماء بالسقي فلا يضمن.

الثالث: أن يدخل من يصب فإن كان مأخوذًا قبل إرسال الماء ضمن علم به أم لا ولو أرسل الماء فجاءت فأرة ونقبت حتى دخل الماء الأرض فلا ضمان.

وإنه لو غصب مالًا ثم جهل مالكه وأراد الخروج من ضمانه ووفاءً له في الأجرة دفعه إلى حاكم البلد إن كان أمينًا فإن لم يكن فإلى حاكم بلد أخرى إن كان أمينًا فإن لم يجد فلا يمكنه الخروج من ضمانه ويمكنه الخروج من وبال الأجرة بأن يتحرى بينه وبين الله تعالى، أن يمسكه لمالكه فإذا ظفر به دفعه إليه أو إلى وارثه إن كان مات ومؤنة الإمساك وغيرها عليه، ولو كان المغصوب بالغًا نقل بقيمته لذلك.

قلت: وفي «البحر» زيادة على هذا ذكرتها في «الغنية».

خاتمة

قال في «الروضة» حمال تعب بخشبة فأسندها إلى جدار رجل، فإن لم يأذن مالكه ضمن الجدار إن وقع بإسناده وضمن ما تلف بوقوعه عليه، وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئًا ضمن وإن وقعت في الحال، وإن وقعت بعد ساعة لم يضمن، وإن كان الجدار له أو لغيره وقد أذن في إسنادها إليه فذلك، ففرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة تفتح رأس الرق.

وقلت: المسألة من مسائل التلخيص وجزم في الحالة الأولى بضمان الجدار وما سقط عليه سواء وقع في الحال أم بعد ساعة، وقال في جدار نفسه إن وقع في الحال ضمن ما وقع عليه، وإن وقع بعد فلا ضمان.

....

قال الشيخ أبو علي: وما قاله محتمل وإليه ذهب الشيخ أبو زيد، وقال شيخي يعني: الْقَفَّال: لا يضمن يعني: في جداره في الحالين؛ لأنه تصرف في ملكه ولم يباشر إتلافًا وما تلف بسبب فعله يفترق الحكم بين أن يكون تسبب في ملكه أو غيره لحفر البئر ووضع الحجر فإذا لم يبعد لم يضمن سواء وقع فيها شيء عقب الحفر أو بعده بزمان لعدم تعديه في ذلك السبب، ولو كان متعديًا ضمن في الحالين.

قال أبو علي: وعندي إذا لم يسقط في الحال ينظر فيه، فإن غاب الجدار ولم يخرج عن ملكه إلى هواء الشارع أو ملك غيره، فمتى سقط فلا شيء عليه، وأما إذا أسند الخشبة إليه فمال الجدار وخرج عن ملكه فإنه يضمن ما يقع عليه كذا هذا.

قال: وإسناده إلى جدار غيره بإذنه لا تعدٍّ فيه فيعرف مما لو أسنده إلى جدار نفسه وقد ذكرنا الجواب فيها، انتهى.

وقال في «البحر»: إن الحسين قال في «شرح التلخيص» عن كلامه وهذا صحيح.

وقال الْقَفَّال: إنه غلط ولا فرق في الحكم بين أن يكون الحائط ملكه أو ملك غيره، انتهى، والصواب عن الْقَفَّال ما ذكره أبو علي، وقال الديبلي في أصل المسألة.

قال ابن القاص: إن وقع عقب وضع الخشبة ضمنه، وإلا فلا.

وقال أبو الحسين بن الْقَطَّان: لا؛ بل ينظر إن كان مثل تلك الخشبة إذا وضعت على مثله سقطت، وإلا فلا، انتهى وبالله الإعانة والتوفيق.

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

قال الشارح: وهي بضم الشين وإسكان الفاء، وبعض الفقهاء يضمها، والصواب الإسكان، وقيل: هي مشتقة من الضم أو من الزيادة، أو من التقوية والإعانة أو من الشفاعة، أو من الشفيع، وأقوال عدة.

وهي في الشرع: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث بالعوض الذي ملك به لدفع الضرر، وهو ضرر مؤنة القسمة واستجدت المرافق وعمرها.

وقيل: ضرب من المشاركة والأصل فيها الإجماع، قاله ابن المنذر.

وعن جابر بن زيد، والأصم، وابن علية، إنكارها وهذان لا يعتد بهما، ولعله لا يصح عن جابر وكيف والسنة واردة بها في أحاديث كثيرة منها حديث جابر رضي الله عنه: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[1] رواه البخاري.

ولمسلم عن جابر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[2].

ولمسلم أيضًا: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فليأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به»[3].

فائدة: مفهوم الرواية الثانية أنه إذا عرضه على شريكه فأبى أنه لا شفعة له، وبه قال الطحاوي، والظاهرية ولم أره لأحد منا؛ بل المنقول عن الشافعية

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٧٢، رقم ١٥٠٤١)، والبخاري (٢/ ٨٨٣، رقم ٢٣٦٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٥، رقم ٢٤٩٩).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٩، رقم ١٦٠٨)، والنسائي (٧/ ٣٢٠، رقم ٤٧٠١).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٩، رقم ١٦٠٨)، وأبو داود (٣/ ٢٨٥، رقم ٣٥١٣)، والنسائي (٧/ ٣٠١، رقم ٤٦٤٦). وأبو عوانة (٣/ ٤١٤، رقم ٥٥٢٩)، والبيهقي (٦/ ١٠٩، رقم ١١٣٧٥).

قال المصنف: [لَا تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ، بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبَعًا وَكَذَا ثَمَرٌ لَمْ يُؤَبَّرْ فِي الْأَصَحِّ، ....

والحنفية والمالكية أن له الأخذ تمسكًا بغيره من الأخبار.

قيل: وفيه نظر ولم لا حمل المطلق على المقيد.

قال ابن الرِّفْعَة: والخبر يقتضي إلحاق العوض على الشريك قبل البيع ولم أظفر به عن أحد من أصحابنا، وهذا الخبر لا محيدَ عنه.

وقيل: قال الشَّافِعِي رضي الله عنه: إذا صح الحديث فاضربوا بمذهبي عرض الحائط، انتهى.

وهو مذهب أحمد والظاهرية.

وأنا أقول إن كان الشريك عالمًا بالنهي فباع قبل أن يؤذن شريكه كان غاصبًا، آثمًا وهو ما يقتضيه كلام الشَّافِعِي في «الأم» في باب صفة نهي النبي ﷺ.

قال: (**لَا تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ**) أي: كالثياب والحيوان وغيرهما سواء ببيع وحده أو مع الأرض للحديث المتقدم، ومن حيث المعنى بأنه لا يدوم والعقار يدوم فتدوم صور الشركة فيه، وحديث الشفعة في كل شيء لا يصح وصله.

إشارة: قوله «في منقول» أي: استقلالًا، ويقال: لا تثبت ابتداءً واحترز به عن الدار تتهدم بعد ثبوت الشفعة فيها فإن نقضها يؤخذ بالشفعة.

قال: (**بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبَعًا**) أي: للأرض، للحديث المتقدم وشرط ببيعه الشجر أن يكون حبًّا كما مر في دخوله في البيع، والظاهر أن ما يدخل أصوله في البيع من البقول ونحوها كالشجر بخلاف الزرع واحترز بقوله «تبعًا» عما لو بيع البناء والغراس منفردين فلا شفعة فيهما لكونهما منقول كالعبد.

وقيل: يثبت فيهما لثبوتهما في الأرض واستقرارهما.

قال: (**وَكَذَا ثَمَرٌ لَمْ يُؤَبَّرْ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص؛ لأنه يتبعه في البيع فكذا في الأخذ، والثاني: أنها كالمؤبرة؛ لأنها منقولة فعلى الأصح لو تأخر الأخذ حتى تأبَّرت أخذها في الأصح. قال الْمَاوَرْدِي والروياني: وإن قطعت.

....

تنبيهات: منها: أجري الخلاف في أصل المسألة فيما لو باع شِقصًا من رحى وأدخلنا الحجر الأعلى في البيع.

قال ابن الرِّفْعَة: ويتجه جريانه في كل ما لا يمكن الانتفاع به مع كونه منقولًا إلا شيء ثابت كغطاء التنور ونحوه كما مر في البيع.

قلت: جزم الجرجاني هنا ببيعه الدواب وأصل ما يجز مرارًا يؤخذ بالشفعة تبعًا للأرض كالشجرة، ذكره الرَّافِعِي.

وقال الإمام: لم أره إلا للشيخ أبي علي.

قلت: وروايته في «اللطيف» لابن خيران وهو بغدادي وفقهه ظاهر، وأطلق الشيخ أبو علي وغيره القول بأن ما يدخل في شراء الأرض مطلقًا؛ فللشفيع أخذه تبعًا.

ومنها: شرط تبعية البناء والشجر للأرض أن تكون متحللة ليصدق عليها اسم دار وحائط فلو باع شِقصًا من جدار وأساسه لا غير أو من أشجار ومغارسها لا غير، ففي التبعية وجهان: أصحهما لا يثبت؛ لأن الأرض هنا تابعة ويمكن أن يجعل قول «المنهاج» تبعًا مخرجًا لهذه الصورة، وينبغي أن تكون الصورة حيث صرح بدخول الأساس والغرس في البيع وكانا من عين له من قبل فإنه إذا لم يرها وصرح بدخولها في البيع لم يصح، وإن لم يصرح بدخولها لم يدخلا في البيع على الأصح.

قلت: المراد بذلك الأساس الذي هو بعض الجدار كحشو الجبة، أما مكان البناء فعين منفصلة لا تدخل في البيع عند الإطلاق على الأصح، وإذا صرح به اشترط شروط البيع، نعم لو كان الجدار عريضًا في أرض مرغوب فيها وبناؤه يروى بالشفعة فيها.

قيل: على وجه البحث ينبغي هنا ثبوت الشفعة؛ لأن الأرض هي المقصودة ويحمل كلام الأصحاب على الغالب.

ومنها: اشترى والشجر حامل ثم أثمر قبل الأخذ بالشفعة، فإن تأبّر لم

وَلَا شُفْعَةَ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَى سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ ....

يأخذه الشفيع وإلا أخذه في الأظهر تبعًا.

قال الرَّافِعِي: وذكر كثير من الناقلين أن هذا قديم لمقابلة جديد.

قال: وعلى هذا فالمسألة مما يجاب فيها على القديم.

قلت: وممن نقلهما كذلك الْمَاوَرْدِي والروياني وصاحب «المهذب».

قال الْمَاوَرْدِي: القديم يستحقها تبعًا كالبيع، والجديد يكون للمشتري كالمؤبرة، وفرق بين البابين، وظاهر كلامهم أن الجديد هو المذهب، وفي مطلب ابن الرِّفْعَة أنه الأشبه.

ومنها: لا خفاء أنه لا شفعة في الوقف فعلى مقتضى المذهب لا شفعة في سواد «العراق» وأما «الشام» فقال الجرجاني: لا خلاف أنه يجوز بيع أراضي الخراج بـ«الشام»؛ لأنها غير موقوفة وإنما صالح الإمام أهلها على أن يكون لهم الأرض بخراج معلوم، وأما «مصر» فلم ير فيها نصًّا إلا أن في وصية الشَّافِعِي في «الأم» أنه كان له بها أرض فينبغي أن تكون كـ«الشام» والخلاف للعلماء فيها مشهور.

ومنها: لو كان نصف الأرض أو الدار وقفًا فباع المالك نصيبه فلا شفعة للموقوف عليه على الأصح؛ لأنه لا يملك الوقف على المذهب، ولأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا يستحق به الشفعة، وهذه العلة ذكرها القاضي الحسين، وقضية إيراد الرَّافِعِي ترجيحها.

والثاني: له الشفعة بناءً على أنه يملك وعلى قبول القسمة فلو كان ثلث الدار مثلًا وقفًا وثلثاها لاثنين فباع أحدهما نصيبه هل للآخر الشفعة؟

قيل: ينبغي أن يقال: إن جوزنا قسمة الوقف عن الملك -وهو اختيار الرُّويَانِي والمصنف- تثبت الشفعة؛ لأنه مالك ولانتفاء العلة الثانية، وإن لم نجوز القسمة -وهو المشهور- فلا شفعة؛ ولذلك أطلق في«التنبيه» وغيره أن مالكه يشركه الوقف لا شفعة فيه.

قال: (**وَلَا شُفْعَةَ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَى سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ**) أي: بل كان

وَكَذَا مُشْتَرَكٌ فِي الْأَصَحِّ، وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ كَحَمَّامٍ وَرَحًى لَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ.

لثالث أو لأحدهما وحده ثم باع أحدهما سهمه من الحجرة؛ لأنه لا قرار لها فهي كالمنقولات.

قال: (**وَكَذَا مُشْتَرَكٌ فِي الْأَصَحِّ**) لما ذكرناه، والثاني: ينيب للشركة في أرض الحجرة.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: وهذا الفرع لا يوجد في غير «الوسيط» و«الوجيز».

قال: (**وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ كَحَمَّامٍ وَرَحًى**) أي: صغيرين كما قال في باب القسمة: وقد يكونا كبيرين وتبطل شفعتهما المقصودة بها (**لَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ**).

شروط المأخوذ بالشفعة: أن يكون عقارًا ثابتًا منقسمًا وتقدم الكلام على الأولين، وأما الثالث فشرع المصنف في ذكره مما لا يقبل القسمة لا شفعة فيه على الأصح؛ لأنها تثبت لدفع الغرر الثاني من طلب القسمة، والثاني يثبت لدفع ضرر المشاركة كالمنقسم، ومن الأمثلة الدار والحانوت والبئر ونحوها إذا كانت صغارًا والمراد بالمنقسم صغارًا، أو كل ما يجبر الشريك على القسمة عند طلب شريكه، وفي ضبطه أوجه مذكورة هناك يأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ**) أي: في رقبته العقار فلا شفعة للجار الملاصق وغيره للحديثين السابقين وغيرهما، والأحاديث الواردة بذلك محمولة على الشريك جمعًا من الأخيار.

وقيل: في قولهم قديم أو مخرج عن ابن سُرَيْج الميل إليه والثبوت، واختيار الرُّويَانِي في «الحلية» الفتوى به.

وقال: إنه رأى بعض أصحابنا يفتي به وهذا خروج عن المذهب، وإن احتمل من حيث الدليل.

....

إشارات: دخل في قوله «لشريك» المسلم والكافر والحر والمكاتب مع سيده وغيره، ورأيت في ودائع ابن سُرَيْج لا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا لمجوسي أي: على المسلم، وهذا اختيار منه لمذهب الحسين والإمام أحمد، والمعروف عندنا الأول وصرح به «الحاوي» كما سبق، ومستحق الوقف ومنفعة العقار أبدًا بالوصية، وخرج به ما لو كان السفل مشتركًا والعلو لأحدهما، أو كانت الأرض مشتركة وفيها شجر لأحدهما فباع صاحب العلو والشجر شجره وعلوه ونصيبه من الأرض والسفل فلا شفعة لشريكه إلا في السفل والأرض دون نصف العلو والشجر على الأصح.

فروع: قد يرد بعضها على لفظ الكتاب وقد يدخل فيه بعضها.

قال الجرجاني والروياني: لا شفعة للحمل وأطلق في «الروضة» وجهين.

قال الرُّويَانِي: فإذا أوضعت الحمل فللوصي الأخذ له الآن فإنه تأخر تعذر، ولو ذهب لمسجد ونحوه كرباط ومدرسة شقص أو اشتراه الناظر ثم باع الشريك فللناظر الأخذ له بالشفعة إن رآه مصلحة، كما للإمام ذلك في شقص شريك بيت المال، وفي تصوير أخذ الناظر إشكال أشرت إليه في «الغنية» فراجعه، للمأذون في التجارة والأخذ بالشفعة من غير سيده إذا اقتضت التجارة أخذه كما قيده الإمام إلا أن يمنعه السداد ويتعصب؛ وله ذلك إن كان فيه عبط وإن أحاط به الدين، وللسيد الأخذ بنفسه وإن عفا، قالاه في «البسيط» و«البحر» باع ذمي خمرًا بنقد واشترى به شِقصًا فهل فيه شفعة؟

خرَّجه ابن الرِّفْعَة على الوجهين في قبول ثمن الخمر عن الدين وهو ظاهر، والصحيح المنع، فلا شفعة مع شقص من دار ميت في دينه فلا شفعة للورثة فيه إلا إذا قلنا الدين يمنع انتقال قدره فقط، وإن كان الوارث شريك الميت فيتبع وصية الميت في الدين فلا شفعة للوارث خلافًا لابن الحداد ولو كان الموروث شقصًا فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين وللورثة الشفعة على الأصح، وهاتان الصورتان تفهمان في لفظ الكتاب، ولو باع الوصي أو القيم شقصًا محجورةً وهو شريكه فلا شفعة له على الأصح لتهمة

وَلَوْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا، وَالصَّحِيحُ ثُبُوتُهَا فِي الْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى الدَّارِ، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ باب إِلَى شَارِعٍ وَإِلَّا فَلَا.

المحاباة في الثمن، ولو اشترى للمحجور شِقْصًا فله الشفعة فيه إذ لا تهمة.

وقيل: لا، إذ في الشراء والأخذ تعليق عهدة بالمحجور فلا يقع له، ورجحه في «البحر»، ولو وكَّل شريكه في البيع فله الأخذ على الأصح في«الروضة»، والأصح في «البيان» وغيره المنع.

قال في «الروضة»: ولو وكَّل أجنبي للشريك في الشراء فللوكيل الشفعة بلا خلاف، وفي «النهاية» و«البسيط» عند الكلام في عهدة الشفعة نقل وجهين فيه.

وقيل: يثبت لوكيل البيع دون وكيل الشراء، وفرَّق بأن وكيل البيع معين على إزالة الملك، ووكيل الشراء معين على التمليك، فلم يكن له إزالته، وهو غريب.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا)** أي: فقط لكونها بدون مفسد.

(فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا) نصَّ عليه في «الأم» لانتفاء الشركة.

وقيل: له الشفعة وإليه ذهب ابن سُرَيْج كمذهب أبي حنيفة لشريكه في «المحرر»، والمذهب الأول.

قال: **(فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا، وَالصَّحِيحُ ثُبُوتُهَا فِي الْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى الدَّارِ، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ باب إِلَى شَارِعٍ)** أي: وإلى ملكه ونحوه لإمكان الوصول إليها بلا ضرر وهذا في الممر القَابل للقسمة، وإلا فعلى الخلاف فيما لا ينقسم.

وقال الشيخ أبو محمد: إن كان في اتخاذ الممر الآخر عسر أو مؤنة لها رفع كانت الشفعة على الخلاف الآتي.

وقال الإمام: ينبغي أن تقابل المؤنة بثمن الممر فإن كانت أكثر ففيه الوجهان، وإن ساوته أو نقصت فلا شفعة.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن لم يكن للمشتري طريق آخر ولا أمكن اتخاذه فلا شفعة لما فيه من الإضرار بالمشتري.

وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ كَمَبِيعٍ وَمَهْرٍ وَعِوَضِ خُلْعٍ وَصُلْحِ دَمٍ، وَنُجُومٍ وَأُجْرَةٍ وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ.

والثاني: لهم الشفعة والمشتري هو المضر بنفسه.

والثالث: إن مكنوه من المرور فلهم الشفعة وإلا فلا، وعبَّر جماعة من العراقيين وغيرهم عن هذا الوجه بأن الشفعة تثبت وللمشتري المرور، واستصوب الإمام هذه العبارة وجعلها ابن الرِّفْعَة وجهًا رابعًا.

فرع: الشركة في صحن الدار مثلًا.

وقيل: ماء الأرض وبئر المزرعة دون الشرب والأرض والمزرعة كالشركة في الممر وحده.

قال: (**وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ**) أي: محضة (**مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ كَمَبِيعٍ وَمَهْرٍ وَعِوَضِ خُلْعٍ وَصُلْحِ دَمٍ، وَنُجُومٍ وَأُجْرَةٍ وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ**) أي: وغير ذلك، أما في البيع فلحديث جابر السابق وفيما عداه بالقياس عليه.

تنبيهات وفروع:

منها: احترز بالمعاوضة عما ملك على الصحيح مجانًا بإرث أو هبة أو وصية أو صدقة.

ومنها: شرط اللزوم وإنما يأتي على وجه لا على الصحيح فيجب حذفه لما سنذكره في أخذ زمن خيار المشتري.

ومنها: عدَّ في «الروضة» مما يملك بالمعاوضة الشقص المفترض- كما قاله الْمُتَوَلِّي- وسبق أن المرجح بيع قرض لا شفعة على الأصح.

ومنها: لو قال لمستولدته: إن خدمت ولدي بعدي شهرًا، فلك هذا الشقص استحقته بالخدمة ولا شفعة فيه على الأصح.

قال الرُّويَانِي: ظاهر المذهب يغلب لحكم الوصية لا المعاوضة.

ومنها: تقدم ما قيل في بيع الوصي والقسم والوكيل وشرائهم.

وَلَوْ شُرِطَ فِي الْبَيْعِ الْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الْخِيَارُ،

ومنها: لو رجح له من الغنيمة شقص فلا شفعة فيه، وإن أخذه بسهم فوجهان، فإن أثبتنا أخذه بقدر سهمه من الغنيمة، ذكره في «البحر».

ومنها: لو ملك شقصًا عن النجم ثم عجز ورق بطلت الشفعة على الأصح، وإن أخذه الشفيع قبل العجز صح، ولا تنقص الشفعة بعجزه بعد ذلك.

ومنها: قوله «وصلح دم» أي: عهد محض، فإن كانت الجناية خطًا محضًا أو شبه عهد فواجبها الأقل ولا يصح المصالحة عنها على الأصح لجهالة صفتها.

ومنها: قوله «ونجوم» معناه أن يكون كاتبه على نجوم وملك بعد ذلك شقصًا بصدقة عليه أو غيرها ثم دفعه السيد عوضًا عن نجومه، ولا يجوز أن يريد أن الكتابة وردت على الشقص؛ لأن عوض الكتابة لا يكون إلا في الذمة منجمًا.

فإن قلتَ: جزم في «المنهاج» تبعًا لـ«المحرر» هناك بأنه لا يجوز الاعتياض عن نجوم الكتابة، وقال في «الشرح»: إنه الأظهر.

قلتُ: هو وجه حكاه الْغَزَالِي والمنصوص في «الأم» الجواز ذكره في موضعين فهذا هو المذهب الصحيح، ويعضده أن الصحيح جواز الحوالة بالنجوم، والفرق بينهما وبين المسلم فيه مبيع والنجوم عقد والجدير جواز الاعتياض عنه، وكذا قال في «الشامل» وغيره والنجوم، فالذي اقتضاه كلام المصنف هنا من الجواز وبه جزمنا هنا في «الشرح» و«الروضة» هو المعتمد مذهبًا ودليلًا وقد أوضحته في «الغنية»، وأوضحته هناك أكمل إيضاح إن شاء الله تعالى، وذكر في «البحر» المسألة كما ذكرناه في الجواب.

ثم قال: وإن تأخر أخذه حتى عجز ورق ففي الشفعة وجهان: أحدهما: يطلب؛ لأن بعجزه صار ملكًا للسيد لا بالمعاوضة والظاهر أنهما في «الحاوي».

قال: **(وَلَوْ شُرِطَ فِي الْبَيْعِ الْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الْخِيَارُ)**؛ لأن الشفيع لا يتمكن من إبطال خيار البائع وإن انتقل الملك على قول، وفيه احتمال لصاحب «التقريب».

وَإِنْ شُرِطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشِّقْصِ عَيْبًا وَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ، وَيَرْضَى بِالْعَيْبِ فَالْأَظْهَرُ إِجَابَةُ الشَّفِيعِ.

(وَإِنْ شُرِطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي) لأنه لا حق لغيره فيه، والشفيع يسلط عليه بعد اللزوم فقبوله أولى.

والثاني: لا، وبه قطع بعضهم.

قال: المشتري لم يرض بلزوم العقد وفي الأخذ إلزامه وإتيان العهدة عليه.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن قلنا أن الملك للبائع أو موقوف فلا يؤخذ على الأصح في «الروضة» لا الأظهر كما أفهمه كلام «الكتاب» هنا بعدم تحقق زوال ملكه، ووجه الجواز انقطاع سلطة البائع.

تنبيه: عبارة «المحرر»، وإذا اشترط في البيع الخيار للبائع، وغيرها المصنف بما سبق من قوله لهما، وأفهم قوله «حتى ينقطع الخيار» اعتبار انقطاع خيارهما جميعًا بخلاف «المحرر»، وما ذكره في خيار الشرط جارٍ في خيار المجلس، ويتفرد أحدهما به بإجازة صاحبه.

قال: **(وَلَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشِّقْصِ عَيْبًا وَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ، وَيَرْضَى بِالْعَيْبِ فَالْأَظْهَرُ إِجَابَةُ الشَّفِيعِ)** أي: لسبق حقه، فإنه يثبت بالبيع ولحصول غرض المشتري وهو استدراك إطلاقه وأخذ الثمن، وبهذا قطع جماعة.

والثاني: إجابة المشتري؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، ولأنه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه.

فروع: لو رد بالعيب قبل علم الشفيع ثم طلب الشفيع، فإن أوجبنا المشتري فلا شفعة، وإلا فوجهان: أصحهما يجاب الشفيع وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: يبين بطلان الرد.

والثاني: ينشأ فسخه في الحال، وهو الأصح فيفسخه الشفيع تفريعًا على الأظهر، ولو علم المشتري العيب فأمسك الشقص انتظارًا للشفيع.

وَلَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا أَوْ بَعْضَهَا فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ.

وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي الْأَرْضِ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الشَّرِيكَ لَا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَبِيعِ بَلْ حِصَّتَهُ.

قال الْمَاوَرْدِي: قال ابن الْقَطَّان: إذا استعان البائع بالمشتري فأجابه بعد لزوم العقد فللشفيع منعهما من ذلك واسترجاعه من يد البائع، انتهى.

وإن كان الشفيع غائبًا لم يلزمه انتظاره ويبطل بالإمساك خياره، وإن كان حاضرًا لزمه انتظاره ولم يبطل بالإمساك خياره؛ لأن حضوره مع تعلق حقه عدوان.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا أَوْ بَعْضَهَا**) أي: صفقةً أو صفقتين في وقت واحد (**فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ**) لاستوائهما في حصول الملك، وهكذا حكم كل معاوضة تقع كذلك، وعن هذا احترز المصنف بقوله «متأخرًا عن ملك الشفيع».

قلت: والظاهر أنا لو جهلنا الترتيب والمعية كوقوعهما معًا ولو علم الترتيب ونسي فالأقرب أنه يوقف الأمر، ولم أر فيه نقلًا.

فائدة: قيل: يرد على الضابط المتقدم فرعان:

الأول: ما سبق وهو قوله «المستولدة» إن خدمت أولادي شهرًا.

والثاني: باع الشريك سهمه بشرط الخيار ثم باع الثاني سهمه في زمن الخيار بيع بشأن؛ فلا شفعة في المبيع أولًا للبائع الثاني لزوال ملكه ولا للمشتري منه، وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الأول إذا قلنا: لا يملك في زمن الخيار؛ لأن شرط الشفعة البيع وهو سابق على ملكه.

وأما الشفيع في البيع ثانيًا فموقوف إن توقفنا في الملك، وللبائع الأول إن أبقينا الملك له وللمشترى منه إن أثبتنا الملك له، ووجه إيراد هذا أن المشتري الثاني لا يأخذ المبيع أولًا مع تقدم ملكه، وإيراد مسألة المستولدة عجيب.

قال: (**وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي الْأَرْضِ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الشَّرِيكَ لَا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَبِيعِ بَلْ حِصَّتَهُ**) أي: وهو السدس في مثالنا لاستوائهما في الشركة، والثاني:

فَصْلٌ

وَلَا يُشْتَرَطُ فِي التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ وَلَا إِحْضَارُ الثَّمَنِ وَلَا حُضُورُ الْمُشْتَرِي، وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنْ الشَّفِيعِ كَتَمَلَّكْت أَوْ أَخَذْت بِالشُّفْعَةِ، ....

يختص الثالث بالشقص، ولا حق فيه للمشتري؛ لأن أخذه الشفعة من نفسه محال، وأجيب بأنه لا يأخذ من نفسه؛ بل يدفع الشريك عن الأخذ منه.

فصل

قال: **(وَلَا يُشْتَرَطُ فِي التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ)** أي: لثبوته بالنص.

(وَلَا إِحْضَارُ الثَّمَنِ وَلَا حُضُورُ الْمُشْتَرِي) كالردِّ بالعيب.

وقيل: يشترط حصول المأخوذ منه إن وكَّله، واستشكل ابن الرِّفْعَة عدم اشتراط هذه الأمور الثلاثة، قال: لأنه لا بُدَّ من أخذهما أو مما يلزم منه أخذهما، قال: وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا يشترط، انتهى.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنْ الشَّفِيعِ)** أي: وما ينوب عنه كإشارات الأخرس المفهمة وهل كتابته أو كتابة الناطق كما سبق في البيع؟ لم أر فيه نقلًا ولو سلم الشفيع الثمن إلى المشتري وسلمه الشقص.

قال القاضي الحسين: يصح، وقال الْمُتَوَلِّي والرافعي: يبنى على أن المعاطاة هل تقيد المالك؟ وهذا تفرع على أنها لا تختص بالمحقرات لكنهم لم يجروها في العقارات، من المفهوم من كلام الْمُتَوَلِّي أنه بيع لا أخذ بالشفعة، ويظهر أثره في خيار المجلس وغيره، والمفهوم من كلام القاضي أنه أخذ بالشفعة.

قال: **(كَتَمَلَّكْت أَوْ أَخَذْت بِالشُّفْعَةِ)** أي: وما أشبههما مما يدل على ذلك وإلا فهو معاطاة، وعزا الشيخان وغيرهما من الألفاظ اخترت الأخذ بالشفعة، وسبق في أول البيع أن المشهور أن قوله المشيئة ليس من ألفاظ التمليك وهو مثله فينبغي أن يكون اخترت كتابةً، ولو قال: أما ماطلت بالشفعة فلا يكفي وفاقًا للمتولي، وخلافًا للسرخسي إذ لا بد من لفظ مقيد أثبت التمليك إذا لم تصحح المعاطاة نعم.

وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ إِمَّا تَسْلِيمُ الْعِوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسَلُّمَ مَلَكَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ، وَإِمَّا رِضَى الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ، وَإِمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ فَيَمْلِكُ بِهِ فِي الْأَصَحِّ،

إشارة: الأخرس وكتابته كالنطق في كتابة عقده ما أشرنا إليه.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ**) أي مع اللفظ المعتبر.

(**إِمَّا تَسْلِيمُ الْعِوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسَلُّمَ مَلَكَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ**).

قلت: فلو أبى التسليم حيل بينه وبين الثمن، أو دفعه إلى القاضي الأمين ليقبضه عنه ولا يتأتى أثر المشتري هنا إذ لا دين له بعد؛ لكن يكون بمنزلة الرضا بذمته على أقوى احتمال ابن الرِّفْعَة.

قال: (**وَإِمَّا رِضاَ الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ**) أي: سواء أسلمه الشقص أم لا كالبيع، وفي الثانية وجه ووجهه ظاهر.

قالوا: إلا أن يبيع دارًا عليها صفائح ذهب أو عكسه فيجب التقابض في المجلس.

قال الإمام: ولا يشترط للرضا إيجاب وقبول؛ بل يكفي مقابلة الرضا بالرضا ولو ظهرت المحائل به من الجانبين كفى.

قال: (**وَإِمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ**) أي: واختار التملك (**فَيَمْلِكُ بِهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن اختياره قد تأكد بحكم الحاكم.

والثاني: لا يملك حتى يقبض عوضه أو يرضى بتأخيره.

وقيل: يحصل الملك بأحد الألفاظ السابقة ونحوها، وهو شاذ.

قال ابن الرِّفْعَة: والمراد بالقضاء: القضاء بثبوت حق الشفعة لا بالملك.

تنبيهات: ولم يذكر المصنف من الأسباب الإشهاد وقد ذكراه في «الروضة» وأصلها وهو أن يشهد عدلان على الطلب باختيار الشفعة، فإن لم يثبت الملك يحكم القاضي بما هو أولى، وإلا فوجهان، المرجح في «الوجيز» المنع ولم يفرقوا بين القدرة على الحاكم وعدمها ولا يبعد التتيد بذلك كما في

وَلَا يَتَمَلَّكُ شِقْصًا لَمْ يَرَهُ الشَّفِيعُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

مثله هرب الشفيع حيث يقوم ذلك مقام القضاء -قاله ابن الرِّفْعَة- وهو ظاهر؛ بل يظهر أن له الأخذ قهرًا حيث لا يمكن الوصول إلى الحكام، ووقع العوض إذا أمن الفتنة؛ لأنه إكراه لحق، وإذا تملك بغير الطريق الأول وهو تسليم المشتري لم يكن له أن يسلم الشقص حتى يؤدي الثمن، وإن رضي البائع بذمة المشتري وإذا لم يحضر الثمن وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فإن لم يحضر فيها؛ فسخ الحاكم تملكه.

وقيل: إذا قصَّر في الأداء بطل حقه، وإن لم يجز ترافع وفسخ الحاكم.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: ظاهر المذهب أنه لا يمهل ثلاثًا؛ بل إذا تبين عجزه عن أدائه بطلت، انتهى.

والمنسوب إلى الجمهور في أصل «الروضة» الإمهال ثلاثًا.

وقيل: إن المشتري يفسخ.

وقيل: يحبس الشفيع إلى أداء الثمن، ذكر في «البحر» أنه لو هرب الشفيع بعد التملك؛ فللحاكم فسخ الأخذ ورد الملك إلى المشتري، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وأنه لو أفلس بعد التملك وقبل دفع الثمن يخيَّر المشتري بين استرجاع الشقص والمضاربة بقدر الثمن كالبائع، سواء إذا أفلس المشتري، وأنه لو قضى القاضي بالشفعة ودفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع: أقلني فأقاله لم تصح الإقالة.

قال: **(وَلَا يَتَمَلَّكُ شِقْصًا لَمْ يَرَهُ الشَّفِيعُ عَلَى الْمَذْهَبِ)** بناءً على منع بيع الغائب.

وقيل: بالمنع قطعًا وإن صححنا بيع الغائب؛ لأنه جرى بالتراضي، وكلام «الكتاب» يفهم ترجيح هذه الطريقة، وأصح الطريقتين في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرها البناء على قول بيع الغائب.

وقال القاضي الحسين والغزالي: إذا لم يشترط الرؤية في البيع فهنا أولى، وإن شرطناها فيه فهنا وجهان.

فَصْلٌ

إِذَا اشْتَرَى بِمِثْلِيٍّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ، أَوْ بِمُتَقَوِّمٍ فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ، ....

وقال الْمُتَوَلِّي: إن أثبتنا في الشفعة خيار المجلس بالأخذ على قول بيع الغائب وإلا فليس له التملك حتى يشاهده.

قال:

(فَصْلٌ:

إِذَا اشْتَرَى بِمِثْلِيٍّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ) أي: إلا ما حط عنه قبل اللزوم على الأصح فلو حطَّ الجميع قبل اللزوم، فلا شفعة على الأصح؛ لإبقاء البيع، وإنما قلنا يأخذ مثله؛ لأنه أعدل وأقرب وإلى حقه، فلو فقد المثل وقت الأخذ عدل إلى القيمة كالغاصب، وإن قدر المثلي فصار الشرع فذاك، أو بغيره بأن اشترى بألف رطل حنطةً مثلًا فهل يأخذ بمثله كيلًا أو وزنًا؟ صححا في باب القرض الثاني؛ لأنه في مقابله الشقص لا حنطة المشتري.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن الجمهور على الأول، وبه جزم الرُّويَانِي وإذا كان الثمن مثليًّا واعتبرنا تسليمه فاجتمعوا في بلد أخرى فهل يتملك به ويجبر المشتري على تسليمه هناك؟، أو يتملك منفعته إن كانت هناك إن كانت أقل، أو يأخذه المثل بالمثل ويدفع القيمة للحيلولة، أو يتخير كما في الثمن المؤجل، أو يكون ذلك عذرًا في تأخير الطلب؟

احتمالات أبداها ابن الرِّفْعَة وذكر أنه لم ير نقلًا وإن مثالها لا يخفى، انتهى.

ويصح أن تكون وجوهًا وينبغي أن يزاد في قوله: «أو بقيمته إن كانت هناك أقل أو مساوية» وعجب كونه لم يفرق بين ما ليس لنقله مؤنة وغيره مع ظهوره إلا أن يعرض الكلام فيما له مؤنة.

قال: **(أَوْ بِمُتَقَوِّمٍ فَبِقِيمَتِهِ)** لأنها مثلي في المعنى.

(يَوْمَ الْبَيْعِ) أي: على المنصوص، وقول الجمهور: لأنه يوم إثبات العوض واستحقاق الشفعة.

وَقِيلَ يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الْخِيَارِ، أَوْ بِمُؤَجَّلٍ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي الْحَالِ أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَحَلِّ وَيَأْخُذَ ....

قال: (**وَقِيلَ يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الْخِيَارِ**)؛ لأنه وقت استقرار الثمن، خرَّجه ابن سُرَيْج، وهو الجواب في «المهذب» و«التهذيب» وحلية الشَّاشِي وغيرها، وصححه الرُّويَانِي وغيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي تعليل الأول ما يرشد إلى أنه مفرع على القول بانتقال الملك بنفس العقد أما إذا قلنا لا ينتقل إلا بزوال الخيار فالوجه ما قاله ابن سُرَيْج، وهذا حسن بالغ، وجزم الْمَاوَرْدِي باعتبار أقل قيمة من العقد إلى تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن ما زاد فعلى ملك البائع وما نقص مضمون على المشتري، وقيل: إن شرط في العقد كخيار، فإن قلنا بانتقال الملك بنقل العقد اعتبرت قيمته يوم العقد، أو بانقضاء الخيار اعتبرت قيمته يوم انقضائه.

قال في «الذخائر»: وليس بشيء.

فرع: قال في «البحر»: لو اختلفا في قدر القيمة في ذلك الوقت صُدِّق المشتري بيمينه.

تنبيهات: لو ظفر الشفيع بالمشترى في غير بلد البيع وأخذ منه فهل يأخذ بقيمته بنقد بلد البيع أو بنقد بلد الأخذ لم أر فيه شيئًا ولينظر ما يلائمه من احتمالات ابن الرِّفْعَة السابقة لو ملك الشفيع الثمن بنفسه قبل العلم ثم علم بالبيع وأراد الأخذ.

قال ابن الرِّفْعَة: يظهر أن يقال: بتعين الأخذ به لا سيما إن كان متقومًا فإن العدول عنه إنما كان للتعدد، وقد يقال بخلافه إذ فيه تضييق والشفعة شرعت رفقًا.

قلت: والأول أصح وله نظائر فيها خلاف.

قال: (**أَوْ بِمُؤَجَّلٍ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي الْحَالِ أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَحَلِّ وَيَأْخُذَ**) هذا هو الجديد وجزم به جماعة؛ لأنا إن ألزمناه بالحال أضررناه، وأخذه بالمؤجل إحجاب المشتري لاختلاف الذمم، فإن

وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنْ الْقِيمَةِ، ....

صبر فهو تأخير بعذر ووضع في أصل كلام «الروضة»؛ لكن يجب معه إعلام المشتري بالطلب على الأصح، وكأنه سبق قلم فإن في شرحي الرَّافِعِي أشبهها لكلام الأصحاب أنه لا يجب، وزعم شارح أن الإمام جعل الوجوب ظاهر المذهب ولم أر للإمام ترجيحًا؛ بل أرسل الوجهين.

وعبارة «البسيط» منهم من قال: لا يبطل حقه أو لا فائدة في طلبه، ومنهم من قال: يشهد على الطلب ثم يؤخر، انتهى.

ومقابل الأظهر نسب إلى التقديم، وحرملة أنه يأخذ بالمؤجل بين تنزيلًا له منزلة المشتري، واختاره الشيخ أبو حامد وغيره.

والثالث: رواه ابن سُرَيْج، وخرَّجه أنه يأخذ بقرض يساوي الثمن مؤجلًا؛ لأنه أقرب إلى العدل، وجنح إليه الْغَزَالِي، وضعَّفه ابن الصباغ وغيره.

فروع: لو حلَّ على المشتري الثمن بموته لم يتعجل الأخذ على الشفيع؛ بل تبقى خيرته لجًا، أما ولو مات الشفيع فالخيرة لوارثه أيضًا لو رضي الشفيع بدفع الشقص وبمحل الثمن إلى محله فأبى الشفيع إلا الصبر إلى المحل فطلب شفعته على الأصح في «الحاوي» قال: ولو كان منجمًا فالمسألة على الأقوال أي: المسألة السابقة وذكر أن الثالث ذكر في الشروط، قال: فلو حل نجم فقال الشفيع: أنا أدفع ما حل واحد من الشقص بقسطه؛ بيع لتفريقه الصفقة على المشتري، ولو اختار الشفيع الصبر إلى المحل ثم عَنَّ له الأخذ فيشبه أن له ذلك قطعًا.

قال: **(وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ)** يعني: الشقص لوجود سبب الأخذ فيه دون غيره ولا خيار للمشتري، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لدخوله عليها عالمًا بالحال.

قال: **(أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنْ الْقِيمَةِ)** صوابه من اليمين باعتبار القيمة، ويمكن تصحيح عبارته بتكليف، والظاهر أنه لم يقصدها؛ بل سبق قلمه إلى ما في نفسه من القيمة المعتبرة.

وعبارة «المحرر»: ولو بيع الشقص مع غرض وزِّع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما، وقول «المنهاج» وغيره أحسن إذ لا فرق بين العوض والنقد، وعبارة

وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا وَكَذَا عِوَضُ الْخُلْعِ، وَلَوْ اشْتَرَى بِجُزَافٍ وَتَلِفَ امْتَنَعَ الْأَخْذُ.

«الروضة»: إذا اشترى مع الشقص منقولًا كسيف وثوب والحكم لا يختلف بين كون المضموم منقولًا أو عقارًا لا شفعة فيه، أو مما فيه الشفعة؛ ولكن لا حكمة للشفيع فيه وله فيه شركة؛ ولكنه إحضار أخذ الشقص، وجوزناه كما هو الأصح أو الأظهر.

فرع: يعتبر قيمتها يوم البيع وهذا كله على المشهور، وحُكي قول شاذ أن الشفيع يأخذ الشقص بكل الثمن، وغلط من زعم أن في باب تفريق الصفقة من التلخيص نقل قول أن الشفعة تثبت في الغرض فيأخذهما أزيد منهما خلاف في أن الثمن يعتبر قيمته يوم العقد، أو يوم الاستقرار بانقطاع الخيار فيأتي هنا لا محالة.

قال في «البسيط» هاهنا: والاعتبار بالقيمة يوم العقد وإن اشتمل على خيار الثلاث وتفاوت القيمة، فإن قلنا: يملك بالعقد فذاك أو بمضي الخيار فينقدح فيه احتمال وهو جارٍ في قيمة الثمن، وأصله قول إمامه: إن اعتبار يوم العقد متجه إلى أن ملكناه بالعقد وإن قلنا بالقضاء الخيار احتمل اعتبار يوم اللزوم.

(وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا) لا بالمهر، ولو أخذ من المكاتب شقصًا عن النجوم أخذه بمثل النجوم أو قيمتها وما جعل أجرةً أو جعلًا يؤخذ بأجرة مثل العين المستأجرة وعمل العامل في الجعالة، والذي أخذ عن الدم بقيمة الدية يوم الجناية.

قال: **(وَكَذَا بَدَلُ الْخُلْعِ)** لما ذكرناه، ويعتبر مهر مثلها يوم النكاح في الأولى، ويوم الخلع في هذه، وفيه الوجه السابق عن السامعين، ذكره الْمُتَوَلِّي، ولو منعت المطلقة شقص.

قال الْمُتَوَلِّي: والمقترض يؤخذ بقيمته، وإن قلنا: يرد المثلي بغيره هنا وهذا بناء على صحة قرضه.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَى بِجُزَافٍ وَتَلِفَ امْتَنَعَ الْأَخْذُ)** أي: لتعذر الوقوف على الثمن وهذا من حيل إسقاط الشفعة، ومثله ما لو اشترى بمتقوم جهلت قيمته

فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا وَقَالَ الْمُشْتَرِي: لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، ....

كمتاع اختلط بغيره، والجزاف: مثلث الجيم، ولو كان باقيًا؛ لكنه غائب فيتبرع البائع بإحضاره، أو أجبر عنه واعتمد قوله بذاك وإلا فليس للشفيع تكليفه الإحضار والإجبار عنه.

قال: (**فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا**) أي: بأن قال: اشتريته بألف درهم مثلًا.

(**وَقَالَ الْمُشْتَرِي: لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ**) أي: المقدار الذي ذكره الشفيع؛ لأنه محتمل، هذا هو الصحيح المنصوص وظاهر المذهب في «البحر».

وقال ابن سُرَيْج: لا يقنع منه بذلك ولا يحلف؛ بل إن أصر جعل باطلًا وردت اليمين على الشفيع، فعلى الأول إذا حلف قال القاضي الحسين قال الشَّافِعِي نصًا: إن الشفعة موقوفة إلى أن يتضح.

قال الرَّافِعِي: وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت قدر الثمن فعلى رأي يجعل كالنكول ويرد الثمن على الشفيع.

قال القاضي الرُّويَانِي في «الحلية»: وبه قال ابن سُرَيْج، وابن أبي هريرة، والماوردي والقفال وهو الاختيار.

قال في «البحر»: وفرع الْقَفَّال على ما ذكره ابن سُرَيْج أنه لو وقع البيع بكفٍّ من دراهم قَبِلَ الشفيع وبيَّن كم قدر الثمن، فإن ادعى علم المشتري بعذره فإن أقر أنه عالم بمقداره، قيل له أن يبيِّن؛ لأن حق الشفعة ثابت عليه فليس له أن يكتم الثمن، فإن قال: لا أعلم حلف أنه لا يعلم، ثم يقال للشفيع: بيِّن أنت مقدار الثمن، فإن بيَّن قدرًا فادعى المشتري أنه أكثر من هذا؛ حلف، ثم يقال للشفيع: ردّ على هذا أبدًا، فإن لم يحلف حلف الشفيع وأخذه، انتهى.

ووقع في «الروضة» وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت فهو كالنكول وكأنه أراد أن يكتب، فعلى رأي هو كالنكول، ولسبق القلم إلى ما كتب، والأصح أنه ليس كالنكول وأفتى الْغَزَالِي والشاشي أنه إذا اعترف المشتري بالجهل بقدر

وَإِنْ ادَّعَى عِلْمَهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْرًا لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي الْأَصَحِّ.

الثمن؛ وجب الحكم بيمين الشفيع إذا ادعى المعرفة، وأفتى الْغَزَالِي أنه إن قال المشتري كان الثمن جزافًا لا أعلم قدره فأقام الشفيع شاهدين، فقالا: حضرنا العقد وكان الثمن ألف معينة وقدرًا من الدراهم لا نعرفه تحديدًا إلا أنه دون العشرة فورث الشفيع ألفًا وعشرة وجبت لتسليم الشقص إليه ولا يحل للمشتري قبض عام العشرة، وعليه أن يقبض ما سلمه، ووافقه ابن الصباغ، وأجاب صاحبه الشَّاشِي بأنه لا يثبت العقد، وهو القياس.

فرع: إذا ادعى استحقاق الشفعة ولم يعين قدرًا ولا علمًا، قيل: مقتضى كلامهم باللقاء لا يسمع وفيه نظر؛ لأنه هو الحق وتلك الأسباب شروط والتعرض للشروط في دعوى غير النكاح لا يجب، انتهى. وهو ظاهر.

وفي «النهاية» إشارة ظاهرة إليه، وفي تحرير الرُّويَانِي لو لم يسم المشتري للشفيع أو لم يذكر الثمن فأخَّر طلب الشفعة لم يبطل حقه بهذا التأخير؛ لأنه يؤخر حتى يعرف الحال ولو عفا في هذه الحالة صح عفوه وكأنه رضي بأن يشتركا، وغلط من قال غيره.

قال: **(وَلَوِ**[1] **ادَّعَى عِلْمَهُ)** أي: علم المشتري بمقدار الثمن وطالبه ببيانه **(وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْرًا لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي الْأَصَحِّ)** أي: حتى يعين قدرًا فيحلف المشتري حينئذٍ أنه لا يعرفه؛ لأنه لم يدَّع حقًا له، وهذا ما عزاه الرَّافِعِي إلى تصحيح الْبَغَوِي خاصةً، ونسبه الإمام والغزالي إلى النص.

والثاني: يسمع، وبه جزم الْمَاوَرْدِي، ونقله الْمُتَوَلِّي عن عامة الأصحاب؛ لاحتمال صدقه وبه ادعى أمرًا محتملًا تسمع دعواه، فعلى هذا إن أجاب بلا أعلم كان منكرًا فيحلف فإن حلف فذاك، وإن نكل ردت اليمين على الشفيع، فإن لم يحلف سقطت دعواه، وإن حلف حبس المشتري حتى يبيِّن قدر الثمن.

قال: ونظير المسألة ما إذا ادعى على إنسان أمر لو أقرَّ به نفعه ولم يدع الحق هل تسمع دعواه أم لا؟

---

(١) في الأصل (وإن) وفي بعض نسخ المنهاج وشروحه (ولو).

وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقًّا فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا بَطَلَ الْبَيْعُ وَالشُّفْعَةُ، وَإِلَّا أَبْدَلَ وَبَقِيَا؛ وَإِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحَقًّا لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهِلَ؛ وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الْأَصَحِّ؛ ....

قلت: وقضية ذلك ترجيح السماع لما سنعرضه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقًّا فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا بَطَلَ الْبَيْعُ وَالشُّفْعَةُ**) أي: سواء اتصل به القبض أو لم يتصل، سواء بيَّن فيه المشتري أو لم يبين، وسواء كان الثمن عوضًا أو نقدًا؛ لأنه يتعين بالعقد عندنا، وقد يظهر بالاستحقاق وألا يبيع والشفعة فرعه، وإن خرج بعضه مستحقًّا بطل البيع في المستحق، وفي الثاني قول بتفريق الصفقة وخروج الدراهم عرضًا أو نحاسًا كاستحقاقها، قاله الْمُتَوَلِّي.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن كان الثمن في الذمة.

(**أُبْدَلَ وَبَقِيَا**) أي: البيع والشفعة بحالهما؛ لأن إعطاءه ذلك عما في الذمة كالعدم وللبائع أن يسترد الشقص ليحبسه إلى إقباضه الثمن.

فرع: لو خرج ثمن البيع رديئًا يخير البائع بين الرضا به أو الاستبدال، فإن رضي لم يلزم المشتري الرضا بمثله؛ بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد، ذكره الْبَغَوِي. زاد في «الروضة» وفي هذا احتمال ظاهر انتهى.

ولم يبيِّن لي وجهه، والظاهر أن العرض بعد لزوم العقد، وقضية كلام «البحر» أنه لا خلاف فيما ذكره الْبَغَوِي.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن لم تكن الدراهم معينة في العقد فردها وأخذها فلا كلام، وإن كانت معينة في العقد يخيَّر البائع، فإن أجاز أخذ الشفيع الشقص بمثل تلك الدراهم سليمة؛ لأن رضا البائع بالناقص كالحط، ولو حط عنه بعض الثمن لم يثبت حكمه في حق الشفيع، وإن فسخ العقد، فإن كان بعد أخذ الشفيع الشقص لم يسترجع منه، وإن كان قبله، فالشفيع أولى والبائع على وجهين.

قال: (**وَإِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحَقًّا لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهِلَ**) أي: استحقاق المدفوع؛ لأنه معذور ويصدق بيمينه فيه؛ لأنه أمر باطن، فإن أقام المشتري بينة بمعرفته فاستحقاقه سمعت.

(**وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه لم يقصر في الطلب والشفعة لا يستحق

وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الشِّقْصِ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ صَحِيحٌ، ....

بمال معين، وبمقابله جزم الْبَغَوِي؛ لأنه كتارك الأخذ مع القدرة ثم الصحيح أن على الوجهين فيما إذا كان الثمن معينًا بأن قال: تملكته بهذه الدراهم، وإلا فلا يبطل قطعًا، وقيل: هما في الحالين وخروج النقد نحاسًا كخروجه مستحقًا.

وعبارة الدارمي في المسألة إن علم بطلب وإلا فوجهان، وينبغي أنه إذا علم الاستحقاق وأن ذلك لا يملك الشقص فإن الشفعة على الفور وإن تبطل شفعته فلا خلاف؛ لأنه معرض أو كالمعرض إلا أن يكون القاضي قد قضى له بالشفعة، وما كناه بذلك.

ثم بعد هذا رأيت شارح قال: واعلم أنه متى حصل الملك إما بالاختيار وحده عند من يراه من عين بدل الثمن، وإما برضا المشتري بذمته، وإما بقضاء القاضي بالاستحقاق مع الاختيار بدون بدل الثمن عند من يراه فلا ينبغي جريان خلاف؛ بل يقطع بأنها لا تبطل شفعته، وإن اعتبرنا بدل الثمن فأحضره عالمًا باستحقاقه فينبغي القطع بالبطلان كما لو لم يحضره والإمام جعل الخلاف فيما إذا ماطل بالثمن بعد طلب الشفعة وجاوز مدة الإمهال، وهذا إنما يأتي إذا لم يحكم له بالملك، انتهى، وهذا حسن صحيح.

فرع: إذا لم يبطل حقه فهل يقتصر إلى تملك جديد أو لا، والثمن دين عليه؟ وجهان، وصحح الْغَزَالِي الثاني.

قال الرَّافِعِي: والمفهوم من كلام الجمهور الأول لا سيما حالة العلم وصرح في التذنيب بأنه الأظهر عند الأصحاب وفائدة الخلاف كالفوائد الأخرى.

قال: (**وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الشِّقْصِ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ صَحِيحٌ**) لأنه ملك جائز.

وقيل: باطلة بحق الشفيع فأشبه حق المرتهن وأجيب بأن ثبوت حق التملك لا يمنع التصرف بدليل تصرف الولد في العين الموهبة والزوجة في المهر قبل الدخول.

وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ كَالْوَقْفِ، وَأَخْذُهُ، وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ كَبَيْعٍ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ أَوْ يَأْخُذَ بِالْأَوَّلِ.

وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ الشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ الطَّالِبِ شَرِيكًا، ....

قال: (**وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ كَالْوَقْفِ**) أي: والهبة والصدقة والوصية والإجارة.

(**وَأَخْذُهُ**) أي: له لسبق حقه.

(**وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ كَبَيْعٍ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ أَوْ يَأْخُذَ بِالْأَوَّلِ**)؛ لأن حقه سابق.

وقيل: لا ينقض تصرفاته.

وقيل: لا ينقض الوقف وينقض ما سواه.

وقيل: لا ينقض ما يثبت فيه الشفعة؛ بل يتجدد له حق الشفعة بذلك.

إشارة: المراد بالنقض: الأخذ فقط والتعبير بالإبطال أحسن؛ لأن النقض ريع الشيء من أصله.

قال ابن الْقَطَّان: وإذا وقف المشتري الشقص فأوجه ثالثها يكون الوقف موقوفًا إن جاء الشفيع وطالب بطل الوقف وإن عفا صح الوقف.

قال: (**وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي**) أي: بيمينه حيث لا بينة لواحد منهما؛ لأنه أعلم بما عقده عليه من الشفيع.

قال: (**وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ الشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ الطَّالِبِ شَرِيكًا**) لأن الأصل عدمهما ويحلف على بقاء الشراء في الأولى وعلى نفي العلم بشركته في الثانية، فإن نكل فيها حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة.

قال الدارمي: والمنكر يحلف أنه اشتراه وأنا شريك وينقض الثمن، كذا إذا حلف الشفيع وأخذه ففي الثمن خمس أوجه:

أحدها: تملكه المأخوذ منه بالشفعة بحكم الحاكم.

فَإِنْ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ بِالْبَيْعِ فَالْأَصَحُّ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ، وَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ وَإِنْ اعْتَرَفَ فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ أَمْ يَأْخُذُهُ الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي الْإِقْرَارِ نَظِيرُهُ.

والثاني: يأخذه قيمة لما أخذ منه.

والثالث: يترك في ذمة الشفيع إلى أن يدعيه.

والرابع: إن كان معسرًا ففي ذمته وإلا أخذ ووقف حتى يدعيه.

والخامس: يؤخذ ويوقف بكل حال.

قال: **(فَإِنْ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ)** أي: القديم وهو البائع لهذا المشتري المنكر.

(بِالْبَيْعِ فَالْأَصَحُّ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ) لأن اعترافه يضمن ثبوت حقه فلا يبطل بإنكار المشتري.

والثاني: لا؛ لأن الشفيع فرع المشتري وهو منكر.

والثالث: إن اعترف البائع بقبض الثمن ثبت وإلا فلا.

قال: **(وَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ)**؛ لأنه يتلقى الملك منه، وقيل: يُنصِّب القاضي ثقة بقبضه للمشتري.

قال: **(وَإِنْ اعْتَرَفَ)** أي: البائع بقبض الثمن.

(فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ أَمْ يَأْخُذُهُ الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي الْإِقْرَارِ نَظِيرُهُ). قلت: وسبق ترجيح الشرك بما فيه.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يقتضي حصول الملك للشفيع والقدرة على التصرف في الشقص وهو يخالف ما سلف من توقف التصرف على تسليم الثمن لأجل حق الحبس.

قال: والذي يظهر هو الوجه الثاني، يعني: أن القاضي يأخذ الثمن، انتهى.

وقد ينقدح فرق بين الصورتين للمتأمل، وقوله: «أم يأخذه» صوابه أو يأخذه؛ لأن أم تكون بعد الهمزة وأو بعد هل، والفقهاء متساهلون في ذلك.

فَصْلٌ

وَلَوِ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ أَخَذُوا عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ، وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لِآخَرَ فَالشُّفْعَةُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ عَفَا ....

فصل

قال: (**وَلَوِ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ أَخَذُوا عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ**) لأنه استحقاق بالملك فقط على قدرة كالأجرة والثمرة.

(**وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ**) واختاره الـمُزَنِي وجنح إلى اختياره ابن الرِّفْعَة وغيره وهو المختار خلافًا للأكثرين، والقولان في الجديد والقديم، ونص عليهما في «الأم».

وقال في الثاني: وبهذا أقول ومن حجته أن الشارع أناطها باسم الشركة، وهو في الجميع سواء.

قال الرَّافِعِي: فأشبه أجرة الصكاك- يعني: إذا كتب الكاتب الصكاك لشركاء مختلفي الحصص- فإن أجرته عليهم بالتسوية؛ ولأنه لو كان عبد بين ثلاثة مختلفي الأنصبة فأعتق اثنان نصيبهما معًا وهما موسرين إن كانت قيمة نصيب الثالث عليهما بالتسوية، وأجاب الأولون عن هذا إن سلم، وهو المذهب بأن ذلك الإتلاف وهما فيه سواء.

وقال القاضي الحسين: أصل القولين على الشفعة، وهي عند الشَّافِعِي مؤنة سبيلهم وأظهر القولين في مؤنته أنها على قدر الحصص.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لِآخَرَ**) أي: بأن كان العقار بينهما مناصفةً فباع نصف نصيبه أو ثلثه أو أقل لرجل، ثم باع الباقي لآخر.

(**فَالشُّفْعَةُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ**) لأنه مزاحم له حالة بيعه والبائع لا شفعة له فيما باعه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ عَفَا**) يعني: الشريك القديم.

عَنْ النِّصْفِ الْأَوَّلِ شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي، وَإِلَّا فَلَا. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ سَقَطَ حَقُّهُ، وَتَخَيَّرَ الْآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ، وَلَيْسَ لَهُ الِاقْتِصَارُ عَلَى حِصَّتِهِ، وَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ سَقَطَ كُلُّهُ.

(عَنْ النِّصْفِ الْأَوَّلِ شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي) لسبق ملكه الصفقة الثانية واستقراره بالعفو عنه.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن لم يعف الشريك القديم عن النصف الأول؛ بل أخذ منه لم يشاركه المشتري الأول لزوال ملكه.

والثاني: يشاركه مطلقًا؛ لأنه شريك حال الشراء، وبه جزم الْمَاوَرْدِي.

والثالث: المنع مطلقًا؛ لأن الشريك القديم سلط على تملكه فكيف يزاحمه، وبه جزم الفوراني، وقال القاضي الحسين: إنه ظاهر المذهب وكذلك اقتضاه كلام «البحر».

قال: لأنه لما أخذ الأول بالشفعة أخذه بحقوقه ومن حقوقه ثبوت الشفعة بيمينه في الباقي ويحل الخلاف إذا لم يكن الشريك القديم عفا قبل البيع الثاني، إن عفا قبله اشتركا قطعًا وحيث زاحمنا بينهما فهو على الحصص أو الرؤوس فيه القولان.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ سَقَطَ حَقُّهُ)** كسائر الحقوق المالية.

(وَتَخَيَّرَ الْآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ) أي: كالمنفرد.

(وَلَيْسَ لَهُ الِاقْتِصَارُ عَلَى حِصَّتِهِ) لتنقيصه الصفقة على المشتري هذا هو المنصوص في «المختصر».

والثاني: سقط حق العافي وغيره كالقصاص.

والثالث: عكسه تغليبًا للثبوت.

والرابع: يسقط حق العافي، وللآخر أخذ قسطه فقط، وليس للمشتري إلزامه أخذ الجميع، وحكى هذا قولًا.

قال: **(وَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ سَقَطَ كُلُّهُ)** كالقصاص.

وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ الْجَمِيعِ فِي الْحَالِ فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ شَارَكَهُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الْأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ.

وَلَوْ اشْتَرَيَا شِقْصًا فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال في «البحر»: وهذا ظاهر، والثاني: يبقى الباقي، هكذا أطلقه القاضي الحسين، وخصصه الصيدلاني والفوراني بما إذا رضي المشتري بالتجربة، فإن أتاها وقال: خذ الكل أو اتركه فله ذلك.

قال الإمام: وهو حسن مقياس لا يسوغ غيره.

قال: وهذه الأوجه إذا لم يعتبر الفور فإن قلنا الشفعة على الفور فقيل: يسقط قطعًا وأيد بأن صاحب «الشامل» قال: لو استحق شقصًا فجاء وقال: آخذ نصفه سقطت شفعته في الكل؛ لأنه ترك طلب النصف، وقيل: إنه على الأوجه، ورأى ابن الرِّفْعَة أنه أشبه الطريقتين.

قال: (**وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ الْجَمِيعِ فِي الْحَالِ**) أي: لا النقص إذ قد يعرض الغائب فيتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه.

قال الإمام: وهذا مفرع على المذهب أنه إذا عفا بعضهم عن حقه يأخذ الآخر الكل أو يدع، وفيه رمز إلى وجه أن له أخذ قدر حقه.

قال: (**فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ شَارَكَهُ**) لأن حقه ثابت فحضوره الآن كحضوره من قبل، (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الْأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ**)؛ لئلا يأخذ ما يؤخذ منه، واختاره ابن سُرَيْج وأبو إسحاق.

والثاني: لا؛ لتمكنه من الأخذ، وصححه الْمَاوَرْدِي، ثم أخذه الحاضر من عمله وفائدة تعوزه على الأصح لحدوثه في ملكه.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَيَا شِقْصًا فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا**) إذ لا تفريق عليه.

(**وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ**) وحُكي عن نصه في القديم وجزم به جازمون لتعدد الصفقة بتعدد البائع.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ، ....

والثاني: لأن المشتري ملك الشقص صفقةً لا يفرق عليه، ولو باع اثنان نصيبهما من اثنين فهو بمنزلة أربعة عقود كما لو باع واحد منهم نصيبه من واحد في أربعة عقود.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ**) كالرد بالعيب والجامع دفع الضرر، وحديث: «وَالشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ»(١) ضعيف وغيره أضعف منه.

قال ابن الرِّفْعَة تبعًا للعمراني وغيره: والمراد بكونها على الفور: هو طلبها عند العلم بالبيع.

وقيل: له الطلب ما لم يفارق مجلس بلوغ الخبر، وسيأتي عن هذا.

والقول الثاني: أن إخباره بمثل ثلاثة أيام؛ لأنه لا يحتاج إلى نظر وتأمل!

والثالث: يمهل إلى مدة التدبر في مثل ذلك.

الرابع: يمتد إلى التصريح بإسقاطها كحق القصاص.

والخامس: إلى التصريح أو ما يدل عليه كبيعه لمن شئت، أو هبه، وكذا ما لو قال: بعه أو هبه لي، وقيل: لا يبطل بهذا.

تنبيهات: منها: سبق أن المراد بالفور حال إطلاعه على البيع، وقيل: ما لم يفارق مجلسه.

وقال أبو سعيد الهروي: إذا قلنا الشفعة على الفور فما الذي على الفور؟

فيه جوابان: أحدهما: أن المتملك على الفور فيقول: إذا كان قد عرف الثمن قدرًا وجنسًا ونوعًا تملك على فور إطلاعه على الأمر، ويشهد على ذلك الحاكم والشهود مهما تيسر له ذلك؛ لئلا يفوت حقه بالجحود، وهذا قياس القاضي الحسين في الرد بالعيب.

والثاني: أنه يجوز تأخير التملك إلى الرفع إلى القاضي ويخرج عن

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٥، رقم ٢٥٠٠) قال البوصيري (٣/ ٩١): هذا إسناد ضعيف. وأورده ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٤٧٩، رقم ١٤٣٤) وقال: قال أبو زرعة هذا حديث منكر.

....

الخلاف إظهار الطلب على الفور، وليس من شرطه كونه في وجه الشفيع إلا على ما حُكي عن أبي سهل.

فإن قيل: يسأل الشفيع كيف يعتبر، وأي وقت يراعي؟

قلت: إن عرف الشفيع قدر الثمن يقول: تملكت من غير تأخير ولو لم يعرف الثمن سعى في طلب الشراء ليعرف الثمن ثم يقول: تملكته عليك بالثمن المعلوم ولا يجوز أن يتوانى في طلب الشراء ليتعرف منه الثمن وهو يعني: قبول أصحابنا أن الطلب على الفور، وإذا عرفت مقدار الثمن في غيبة المشتري، فقال: اخترت الأخذ بالشفعة لم يخاصم في استرجاع الربع من المشتري لم يبطل حقه، هكذا قال أصحاب أبو حنيفة، وحكوا عنا أنه يبطل، وغلطوا في الحكاية؛ بل عندنا لا يبطل، انتهى.

ومنها: لو رفع الأمر إلى القاضي وترك المشتري مع حضوره بالبلد جاز وسبق في الرد بالعيب بيانه.

وقال في «الذخائر»: هنا بعد نقله جواز المضي إلى القاضي وترك المشتري عن بعض الأصحاب وتوجيهه بأنه آكد في الطلب؛ لأن المشتري قد يمانعه، وحكاه أبو حامد عن ابن سُرَيْج.

وقال أبو حامد: تبطل شفعته ولم يوجهه ووجهه أنه ترك يستحق عليه مع القدرة فطلب شفعته، انتهى.

ولو أشهد على الطلب ولم يراجع المشتري ولا القاضي مع المكنة لم يكف، وفيه وجه وإن كان المشتري غائبًا.

قال الرَّافِعِي: فالقياس أن يرفع الأمر إلى القاضي ويأخذ كما ذكرنا هناك قبل إطلاق الرَّافِعِي هنا وهناك الغيبة، فإن كان على إطلاقه والمقصود قضاء القاضي فكيف يصح على الغائب إذا كان دون مسافة العدوى، وإن كان المقصود إعلامه بالفسخ ثم بالطلب هنا فكيف نقول هنا أنه يأخذه؟ظاهره أنه يأخذ من القاضي.

فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ، ....

فإن قال: إن القاضي يقوم مقام الغائب في تسليم الشقص وتسليم العوض كان في ذلك إثبات، ولأنه القاضي في مال الغائب في المسافة القريبة؛ وذلك يحتاج إلى نقل عن الأصحاب.

قلت: والظاهر أن مراد الرَّافِعِي أنه يرجع الأمر إلى القاضي، ويأخذ الشفعة حيث يجوز القضاء على الغائب لا مطلقًا، ثم رأيت صاحب «الذخائر» قال بعد كلامه على غيبة الشفيع: وكذلك إذا كان المشتري غائبًا وعلم الشفيع في غيبته فالشفيع على ما ذكرناه، انتهى.

وفي «البسيط» وإن كان المشتري غائبًا فعليه الذهاب إليه أو اتخاذ وكيل إليه ولا يلزمه ارتكاب غرر؛ بل يطلب فيه رفعه وبيعه، انتهى.

ثم قال في «الذخائر»: وإذا كان المشتري غائبًا، الحكم كما بيناه بمضيٍّ إلى الحاكم وطلبها وترك المشتري مع القدرة، ولم أر فيها نصًّا، والذي يجيء على المذهب أنه يحتمل أن يقال: تبطل شفعته بذلك لتركه المشتري مع القدرة واشتغاله بما لا فائدة فيه بخلاف الحاضر؛ لأنه يمكن للحاكم إحضاره وأخذ الشفعة منه، والغائب لا يجب إحضاره من حيث هو الحكم عليه، ويحتمل أن يقال: لا تسقط بذلك شفعته وعلى الحاكم النظر فإذا صح له استحقاق الشفعة قضى بها على الغائب وبات عنه في تسليم الشقص وأخذ الثمن وتحصيل غيبته كحضوره ممتنعًا وهذا أظهر، انتهى.

وهو كما قال- وفي كلامه - رَحِمَهُ اللَّهُ - فوائد، ومنها ولم أره نصًّا-: إنه لو تغرب المشتري بالبلد أو توارى أو غاب غيبةً قريبةً وامتنع من الحضور إلى الحاكم قضى عليه بالشفعة كسائر أنواع القضاء على الغائب في الأموال وحقوقها إذا توفرت شروط الحكم.

قال: **(فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ)** أي: ولا يكلف الإسراع على خلافها بعذرٍ وغيره والمرجع إلى العرف مما عدَّ تقصيرًا أو توانيًا في الطلب أسقط حقه، وما لا فلا.

فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا عَنْ بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفًا مِنْ عَدُوٍّ فَلْيُوَكِّلْ إِنْ قَدَرَ، وَإِلَّا فَلْيُشْهِدْ عَلَى الطَّلَبِ، فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا عَنْ بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفًا مِنْ عَدُوٍّ فَلْيُوَكِّلْ إِنْ قَدَرَ، وَإِلَّا فَلْيُشْهِدْ عَلَى الطَّلَبِ**) لأنه المعذور ولا يكفي شاهد واحد؛ بل لا بُدَّ من عدلين ذكره الرُّويَانِي وغيره.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: ولا غيره يفهم الاقتضاء به، وأشار في «مطلبه» إلى احتمال فيه، والمراد بالمرض: ما يمنع السعي لا صداع يسير ونحوه، وهل المراد مطلق الغيبة القريبة أو البعيدة وإن كان دون مسافة العدوى كالحاضر؟ لم أر فيه نصًّا ولا شك أن من المسافة القريبة مع العجز والخوف كمن بالبعيد.

قال: (**فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا**) أي: من التوكيل والإشهاد.

(**بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لتقصيره بترك التوكيل مع إمكانه، واستبعاد سكوته عن الإشهاد بالإعراض والتجويز أن في التوكيل أوجه ثالثها: إن لم تلحقه فئة منة ولا مؤنة نقله بطلب، وإلا فلا، كذا نقلا هذا الوجه تبعًا للغزالي وإمامه، وعبارة «الحاوي» و«المهذب» والروياني عنه: إن وجد متبرعًا فلم يوكِّل سقطت شفعته، وإلا فلا، فهو كما أبداه الإمام.

وجعل الشيخ أبو علي الخلاف في المتبرع وأنه لا يلزمه الاستئجار لهذا الطلب، وأما الإشهاد فقالا: فيه قولان أو وجهان، كذا في «الشرحين» و«الروضة» وساق كلام أبي علي في «شرح التلخيص» يقتضي أنه لا يضر ترك الإشهاد جزمًا، وفي «النهاية» أن ظاهر المذهب أنه لا بُدَّ منه في حق الغائب.

وحكى شيخي قولًا في هذه الصورة واختاره وربما كان لا يذكر غيره أنه مستحب وتركه لا يبطل حقه.

قال: ولو ابتدر التوجه إلى المشتري فقولان نقلهما العراقيون، وهذه الصورة مرتبة على التي قبلها وأولى بمنع الوجوب، ولو كان حاضرًا مع المشتري ولا يمنع من الطلب مانع، وجرينا على أنه لا يقطع الأسفار القريبة

فَلَوْ كَانَ فِي صَلَاةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ فَلَهُ الْإِتْمَامُ، وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ لَمْ أُصَدِّقْ الْمُخْبِرَ لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ، ....

التي هو ملابسها إذا بلغه الخبر، فهل يجب الإشهاد والحالة هذه؟ ظاهر كلام الأئمة أنه لا يجب.. وذكر القاضي في هذا المقام وجهين أبسطهما من كلام الشَّافِعِي وهو استنباط حسن لائق باللفظ والخلاف الذي أبداه مرتب على الإشهاد في السفر لا محالة، انتهى.

والأصح في هذه الصورة أنه لا يبطل حقه بترك الإشهاد في صحيح «التنبيه» بطلانها وابتعد عليه.

قال: (**فَلَوْ كَانَ فِي صَلَاةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ فَلَهُ الْإِتْمَامُ**) أي: وغسل يديه بعد فراغ الأكل، صرح به الشيخ أبو علّي ولا يكّلف قطعها.

وقيل: يكلف ذلك، وعن الفريضة فعلى الصحيح لو دخل وقت الأكل أو قضاء الحاجة أو الصلاة فله تقديمها أو المضي إلى الجمعة والجماعة أي: إذا دخل وقتهما كما قاله الدارمي، و«التحرير» أن يقال إذا توجه عليه السعي إلى الجمعة وإن كان قبل الوقت لتعذر ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على المجرى، ولو كان قد نوى النقل، وأطلق هل نقول يقتصر على ركعة أو ركعتين أو له الزيادة؟ يحتمل أن يجيء فيه الخلاف المذكور في التيمم بري الماء فيها ولو بلغه الخبر ليلًا أخَّر حتى يصبح، ولو تمكن من إشهاد جيرانه ليلًا ومؤاكله إذا كانا على الطعام فوجهان للقاضي الحسين أصحهما: لا يضر، وفيه وقفة، وسيأتي عن شيخه الْقَفَّال ما ينازعه فيه.

قال: (**وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ لَمْ أُصَدِّقْ الْمُخْبِرَ لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ**)؛ لأن شهادتهما مقبولة فخيرهما أولى فكان من حقه اعتمادهما، وكذا لو أخبره عدل وامرأتان عدل، هكذا أطلقاه وجزما به.

وقال الدارمي: قال: سمعت شراك فلم أصدق وكان مسيرًا وأخبره شاهدان أو شاهد وامرأتان، وقال: هم عدول؛ ولكن لم أصدق بطلت شفاعته، وإن قال: أخبرني رجلان وليسا عدولًا عندي وهم عدول لم تبطل

وَكَذَا ثِقَةٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

شفاعته؛ لأن قوله محتمل، انتهى.

ويوافقه قول الْعِمْرَانِي أن اللعان إن سمع بالاستفاضة من جماعة لا يجوز عليهم الكذب لم يعذر وإن سمع ذلك بخبر واحد أو اثنين.

قال الشيخ أبو حامد في «التعليق»: عذر وإن كان له التقى؛ لأن الإنسان قد لا يصدق الواحد والاثنين؛ لأنه يجوز عليهما الكذب، انتهى، ولم يذكر غيره.

وقال ابن الرِّفْعَة: هنا تفقهًا لو قال: جهلت عدالتهما ومثله يجوز خفاؤها عليه لم يبعد تصديقه؛ لأن رواية المجهول لا تسمع ولا شفعة فيما يظن إذا كانت عدالتهما ثابتة فقال: إني أعرف خلافه ولا بينة على قوله، انتهى.

وقال الإمام: في اللعان لو أخبره عدلان وكان يعرفهما بالعدالة فلا يقبل قوله: لم أصدقهما، وهذا يوافق كلام الدارمي.

قال: (**وَكَذَا ثِقَةٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: ولو عبدًا أو امرأةً، وحكاه في «المهذب» فيهما قول وخبر ثقة، والثاني: يعذر؛ لأن الحجة لا تقوم بالواحد، والثالث: يعذر في العبد؛ لأن شهادته لا تقبل بخلاف المرأة أو العدل الواحد.

وقال الدارمي: إن أخبره عدل فهل طريقة الخبر أو الشهادة؟ وجهان إن قلنا بالأول بطلت، وإلا فلا، وإن أخبره صبيان أو عبيدًا وفسقة أو كفار ولم تبطل، وعندي في المرأة والعبد الوجهان، انتهى.

وفي معاني «الروضة» ولو أخبره عدلان لم يعذر، وكذا إن أخبره عدل أو امرأة أو رقيق على الأصح؛ لأن روايته مقبولة.

وقال الإمام: ولو أخبره عدل واحد كان يعرفه بالعدالة فهذا متردد فقيده بمعرفته، وكلام الشيخين يقتضي التسوية بين البابين.

وقال الدارمي: هنا يصير عالمًا بكل خبر يقع في نفسه صدقه، ولو عبدًا وامرأةً وكافرًا خلافًا لأبي حنيفة.

قال في «البحر»: وهذا غريب، وهو القياس عندي، انتهى.

وسبق في الصيام ما يعضده، ونقل الإمام هنا الوجهين في صورة الكتاب في

وَيُعْذَرُ إنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ.

العدل المقبول الشهادة، ثم قال: وألحق الأصحاب أخبار العبد بأخبار الفاسق من حيث إنه ليس أهلًا للشهادة، وإذا رأى الأمر كذلك فإن أخذ هذا أمر الرواية أقر بإذن لم يشترط العدد، ولست أرى لاشتراط العدد معنى، انتهى.

وهذا هو الوجه الثالث الذي قدمناه، وإذا تأملت ما سقناه ظهر لك في أخبار العدلين والعدل الواحد وغيرهما وجوه على مدة.

قال: **(وَيُعْذَرُ إنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ)** أي: لكفرٍ أو فسقٍ أو صبي أو مغفل لسقوط روايتهم، وفي الصبي وجه بناءً على قبول روايته، وهذا إذا لم يبلغ عدد المخبرين حدًّا لا يمكن معه التواطؤ على الكذب، فإن بلغه بطل حقه وإن كانوا فساقًا.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا أيضًا بالنسبة إلى الظاهر، أما بالنسبة إلى الباطن فالاعتبار بما وقع في نفسه من الصدق سواء فيه خبر الكافر، صرح به الْمَاوَرْدِي معللًا بأن ما يتعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر الفاسق وغيره إذا وقع في النفس صدقه، انتهى.

وهذا يبين أن المراد بما سبق عنه إذا عرف بتصديقه ظاهرًا، وينبغي طرده في الصبي فيقضى عليه ظاهرًا باعترافه بتصديقه.

فروع: منها: قال الرَّافِعِي: إذا ألزمناه الإشهاد فلم يقدر عليه فهل يلزمه أن يقول: تملكت الشقص؟ وجهان سبق نظيرهما، يعني: في الرد بالعيب.

قيل: إن كان نقلًا فلعل وجهه أنه المستور، وإن كان تخريجًا فالفرق إن لم يحصل الانفساخ به، وهنا لا يجعل الملك بقوله عند الرَّافِعِي؛ بل لا بُدَّ من أخذ أمور ثلاثة كما سبق.

قلت: الظاهر أن مراد الرَّافِعِي بما ذكره الطلب لا حقيقة التملك، وسيأتي في كلام الْقَفَّال.

وقال الإمام: لا شك أنه إذا عزَّ الإشهاد لا يكلف أن يقول: أنا على الحق، وطلبه ثم حكى الوجهين في قول المشتري بسحب العقد ورددت

....

المبيع، وساق كلام «النهاية» و«البسيط» يقتضي عدم جريانهما في الشفيع؛ بل هو كالنص فيه.

ومنها: في فروع ابن الْقَطَّان إذا لم يكن في عز المطالبة، ثم قال: حال يأمنه إنما سكت؛ لأنه لم يكن هناك حاكم، حكى أبو ثور عن الشَّافِعِي أن حقه باقٍ، انتهى.

ومنها: قالا: -واللفظ «للروضة»- لو تلاقيا في بلد غير الشقص فأخر الشفيع الأخذ إلى العود إليه؛ بطل حقه هذا ما حكاه الهروي عن الأصحاب إلا إذا لم يكن رأى المبيع واعتبرنا رؤيته، كلام «الشامل» يقتضي الاكتفاء بالطلب وتأخير التملك إلى الحضور.

وقال الإمام: لو تلاقيا في الغيبة اتفاقًا قد يطلب على الفور، وليس له أن يؤخر إلى العود إلى موضع الشقص، فإن الطلب موجه على المشتري، وهو حاضر فشهود الشقص وغيبته بمثابة، انتهى.

ونقله في «البحر» عن النص، وصورها فيما إذا كان ببلد العقار وتأخر، قال: كما لو كانا بالبلد فلم يطالبه حتى حضر عند الدار المعينة، وقال: أردت المطالبة عندها، نعم لو أنكر المشتري أنه شريكه تأخر ليقيم البينة بذلك العقار كان على شفعته إذا لم يكن هناك بينة.

ومنها: إذا اعتبرنا الإشهاد فاختلفا فيه وفي السفر لأجلها.

قال الرُّويَانِي: صدق الشفيع وفي تصديقه في الإشهاد نظر إذ الأصل عدمه وبقاء ملك المشتري، وذكر أنه لو قال المشتري: أخرته تهاونًا، فقال: بل عجزًا؛ صدق الشفيع، ونص عليه في «الأم».

وقال الْمَاوَرْدِي: إن وجد ما يدل عليه فالحكم كذلك، وإلا فالقول قول المشتري.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يقال في حال عدم الدلالة تخريجه على تقابل الأصلين.

وَلَوْ أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ فَبَانَ بِخَمْسِمِائَةٍ بَقِيَ حَقُّهُ، ....

فرع: سبق محله والوعد به في «فتاوى الْقَفَّال» أن الشفيع إذا سمع البيع وكان في داره، فإن كان بحضرته شهود أشهدهم على الطلب ولا بد أن يطلب، فيقول في الحال: أنا طالب الشفعة، وإن لم يكن بحضرته شهود وكان البيع في يد البائع فإنه يحضر البائع، ويقول: أنا طالب الشفعة، ولا يلزمه أن يحضر المشتري، وإذا كان بحضرته شهودًا شهد كما سمع فإنه لا يلزمه بعد ذلك أن يحضر البائع ولا أن يحضر موضع الشفعة فيبطلها غير أن الذي يلزمه أن يحضر الحاكم قبل أن يتقادم العهد، واختلفوا في حد التقادم:

فمنهم من قال: ثلاثة أيام، ومنهم من قال: شهرًا، وكذلك على هذا لو أنه بحضرة شهود فجاء إلى موضع الشفعة وطلب الشفعة في الحال لم تبطل شفعته إن أمكنه أن يجيء إلى ذلك الموضع فلم يجئ يطلب شفعته، فلو جاء إلى ذلك الموضع وقال: أنا طالب الشفعة، فإن كان ثم شهود فإنه يشهد على طلبه بعد ذلك، ثم جاء إلى الحاكم بعد ثلاثة أيام أو بعد شهر كان على حقه من الشفعة، أما إذا كان المبيع في يد المشتري فإنه يطلب الشفعة من المشتري، أو من موضع الشفعة أيهما كان أقرب إليه فإذا سمع ذلك في بيته لزمه أن يطالب في الحال فإن وجد الشهود أشهد عليه، فلو أنه جاء إلى الحاكم وطلب الشفعة فيقول للحاكم: أنا قد طلبت الشفعة والآن أطلبه، انتهى.

لفظ «الفتاوى»: على سقم فيه أو حتى أن يكون محكيًا عن الحنفية، فإنه قال في آخر المسألة: قال القاضي العامري: فينبغي أن يقول أنا أطلبه الآن والحاكم يحضره ويقضي بالشفعة، فإذا قضى بعده فالشفعة لم تبطل بعده بتقادم العهد فإن جاء إلى القاضي وطلب الشفعة وأنكر الرجل الشراء فذهب ليقيم البينة على شركته قبل منه ذلك، فإن رجع قبل تقادم العهد كان له طلب الشفعة، وإن تقادم العهد فلا، انتهى.

قال: (**وَلَوْ أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ فَبَانَ بِخَمْسِمِائَةٍ بَقِيَ حَقُّهُ**)؛ لأنه لم يعرض زهدًا؛ بل لكثرة الثمن فليس بمقصر، وكان الأحسن أن يقول: فبان بأقل، نعم لو بان بأقل شيء معاين به، فهل يكون مقصرًا؟ فيه نظر وجه

وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ بَطَلَ، ....

التقصير ظاهر، ووجه المنع جواز أن يكون حلف ألا يشتريه أو يأخذه بألف.

قال: (**وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ بَطَلَ**) لظهور إعراضه، وفيه ما رمزنا إليه إن كان له اعتبار.

فروع: قال في «الروضة»: لو كذب في تعيين المشتري فبان غيره لم يبطل حقه، انتهى.

قال في «البحر»: هكذا ذكر جمهور أصحابنا، وفي «الحاوي» إرسال وجهين:

أحدهما: هذا قال: وهو على قول من جعل علة الشفعة سواء المشاركة.

والثاني: يبطل؛ لأن معرفة المشتري ليست شرط في المطالبة، والعفو وهذا على قول من جعل عليه الشفعة الخوف من مؤنة القسمة، انتهى.

وقضية ذلك ترجيحه؛ لأنها العلة الصحيحة، ويحتمل أن يقال: إن ترك لكون المسمى له قرابة أو صداقة أو جوار أو لسلطانه وظلمه ورهبته منه ثم بان الأمر بخلاف ذلك لم يبطل حقه، وإلا بطل لظهور إعراضه عنه.

قال في «الروضة»: لو كذب في جنس الثمن أو في نوعه أو قدر المبيع فقال: باع كل نصيبه فبان بعضه أو بالعكس لم يبطل حقه، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: لو أخبر أن المبيع خمسة أسهم من عشرة فعفا ثم بان أنه سهم من عشرة فإن اتخذ ثمنها فلا شفعة وإلا فله الشفعة؛ لأنه قد يعجز عن ثمن الكثير دون القليل وهذا متعين.

قال في «الروضة»: ولو قيل باع بكذا مؤجلًا فعفا فبان حالًا بطل حقه قطعًا.

قلت: ليس كذلك؛ بل هو الصحيح وقضية كلام «الوسيط» الجزم بخلافه ونقله في «البحر» عن بعض أصحابنا.

قال: لأنه يقول قد عرفت أن البيع إلى أجل لا يخلو عن زيادة ثمن فلم أرغب فلما علمت فقد العين رغبت، هكذا ذكره بعض أصحابنا «بخراسان».

وَلَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرِي فَسَلَّمَ عَلَيْهِ، أَوْ قَالَ بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَتِك لَمْ يَبْطُلْ، وَفِي الدُّعَاءِ وَجْهٌ.

وقال بعضهم: الصحيح أنها تبطل، ويوهمه أنه ربما يكون في الثمن غلاء ليس بعذر، وهو اختيار أهل «العراق»، انتهى.

وزعم أن الرَّافِعِي قال: فأخر أو عفا بطل حقه، وقوله: «تأخر» غلط على الرَّافِعِي، والوجه أنه إذا أخر ليأخذ في المحل فبان حالًا لم يبطل حقه لو أخبر بالبيع من واحد فعفا ثم بان أنه بيع من اثنين فله طلب الشفعة، وكذا لو أخبر أنه بيع من اثنين ثم علم أنه واحد فله الشفعة؛ لأنه قد يصير على الأخذ بمطالبة واحدة دون غير يمين، قاله في «البحر».

في «فتاوى الْقَفَّال» لو قال: لا تأخذ مني باسم الشفعة؛ بل باسم الشراء حتى أبيعك، فقال: تركت حقي من الشفعة بشرط أن تبيعه فأبى المشتري البيع لم تبطل شفعته؛ لأنه ترك بشرط لا مجانًا.

وإن قال: تركت حقي ولم أقبل بشرط أن تبيعه عني، فأبى أن يبيعه بطلب شفعته ويكون ذلك وعدًا من المشتري في «روضة شُرَيْح الرُّويَانِي» أنه لا يصح التوكيل بطلب الشفعة إلا بعد معرفة الثمن، فإذا عرفه فوكَّل فجاء الوكيل فوجده أضعاف ثمنه فالصحيح أنه لا يأخذه، وكذا لو رآه عامرًا فوجده الوكيل قد خرب، انتهى، وما ذكره من اعتبار معرفة الثمن، قاله العبادي.

وقال الهروي: إنه ليس بصحيح فإنه لو وكل بشراء شيء صح، وتصرف الوكيل مقيد بثمن المثل ففي حال التوكيل لا يعرف الثمن والتوكيل صحيح، انتهى.

قال: (**وَلَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرِي فَسَلَّمَ عَلَيْهِ، أَوْ قَالَ بَارَكَ الله فِي صَفْقَتِك لَمْ يَبْطُلْ**) لأن السلام سُنة قبل الكلام، ولأن الدعاء له بالبركة ليأخذ منه صفقة مباركة.

قال: (**وَفِي الدُّعَاءِ وَجْهٌ**) لإشعاره بتقرير الشقص بيده، ولم يذكر جماعة لفظة: لك.

وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلًا بِالشُّفْعَةِ فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهَا].

وعبارة ابن الْقَطَّان: ولو قال: بارك الله لك أعطني بالشفعة؛ احتمل وجهين، ولو قال: أعطني الشفعة بالقيمة فعلى الوجهين، وعبارة الدارمي: ولو قال: حطني أو أعطني بالقيمة فعلى وجهين، وحاول ابن الرِّفْعَة إتيان خلافه في أن البداية بالسلام قبل الطلب مبطلة للشفعة وقرره وقال: إذا أبطلنا به.

قلت: وهو احتمال في «النهاية» و«البسيط» فلا يبطل بالرد إذا سلم المشتري قطعًا، ثم قال: وإذا جرى في البداية يحتمل أن يجري في رده؛ لأنه لا يفوت بقوله: أنا طالب بالشفعة، ثم يرد، ويحتمل أن يقال: الرد واجب فلا يبطلها.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلًا بِالشُّفْعَةِ فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهَا**) أي: لزوال سببها.

والثاني: لا؛ لأنه كان شريكًا وقت البيع، ولم يرض سقوط حقه، ونقل جماعة الخلاف قولين وخصَّه ابن أبي عصرون بما إذا لزم البيع، فإن فسخ بخيار شرط فله الشفعة، ويحتمل أن يخرج على أقوال الملك في زمن الخيار، واحترز المصنف بقوله: جاهلًا عن العالم فإنها تبطل قطعًا هذا كله إذا باع جميعها، فإذا باع بعضها عالمًا فالأظهر في أصل «الروضة» و«الشرح الصغير» بطلانها، وإن كان جاهلًا أطلق الْبَغَوِي أنها لا تبطل.

قال الرَّافِعِي: فالوجه عود الخلاف إن قلنا بيع الجميع جاهلًا يبطلها.

قلت: وبه صرح الْعِمْرَانِي والمتولي وبناه على أن الشفعة على الأنصاب أم على الرؤوس؟ فعلى الأول: لا يبطل، وعلى الثاني: يبطل.

قال الشيخ: والأصح هنا على الجملة لا يبطل لعذره مع بقاء الحاجة، وجعل الشيخان الهبة كالبيع فيما سبق، وهو ظاهر إن تمت بالإقباض لا قبله لا سيما حالة الجهل، وهل الأنصاب عصبة أو ببعضها كالهبة؟ لم أره نصًا، ولو أزيل بعض ملكه قهرًا فإن بيع في غيبته في دينه أو دين مورثه فالظاهر أن له الشفعة فيما يبيعه الشريك الآخر بعد ذلك قطعًا؛ لعدم تحمل الإعراض.

....

فرع: لو أخَّر الطلب ثم قال: لا أعلم ثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور.

قال في «الروضة»: فهو كما سبق في الرد بالعيب، يعني: أنه لا يقبل الجهل بأصل الخيار إلا أن يقرب عهده بالإسلام أو يثبت ببادية بائنة، وأنه لو قال: لا أعلم الفور قبل قوله لأنه مما يخفى على العوام زاد إنما يقبل ذلك منه، ومن الشفيع إذا كان ذلك ممن يخفى عليه مثله، وقد صرح الْغَزَالِي وغيره بهذا في الشفعة، انتهى.

وفي «الفروع» نقل قولين في دعوى الجهل بأصل الرد كالهبة، يدعي الجهل بالخيار ولا شك أنه يخفى على كثير من أغبياء العوام الناشئين ببلاد الإسلام، وفي «البحر» هنا في كون جهله بالفور عذرًا وجهان من الخلاف في جهل الغيبة بأن خيارها على الفور، وصرح الجرجاني بنقل الخلاف في دعواه الجهل بأصل الشفعة في الصحيح أنه يعذر فيهما كما أوضحته أيَّم إيضاح في خيار الشفعة من «الغنية» وخفاء ذلك أكثر من خفاء الرد بالعيب وفوريته لتكرره كل وقت لغالب الناس بخلاف الشفعة.

فائدة: قال في «البحر»: لو اختلفا في البناء الموجود، فقال الشفيع: كان قبل الشراء وقال المشتري: أخذته بعد الشراء، فالقول قول المشتري، انتهى.

ونقله في موضع آخر عن ابن سُرَيْج قال: لأنه ملكه، والشفيع يريد أن يملكه عليه، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْقِرَاضِ

قال المصنف: [الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ أَنْ يَدْفَعَ: إِلَيْهِ مَالًا لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ. وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ كَوْنُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ خَالِصَةً، ....

قال الشارح: أي: بكسر القاف، مشتق من القرض، وهو القطع، ومنه سمي القراض قراضًا.

وقيل: مشتق من المقارضة وهو المساواة لتساويهما في الربح ومنه تقارض الشاعران، والقراض لغة «الحجاز»، والمضاربة لأهل «العراق»، سمي بها لأن كل واحد منهما يضرب بسهم في الربح. وقيل: مأخوذ من الضرب في الأرض، وهو السفر، وجمع المصنف بين اللغتين.

قال: (**الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ أَنْ يَدْفَعَ: إِلَيْهِ مَالًا لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ**) وهذا تعريفه شرعًا، قالوا: والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] وقوله ﷻ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] وهذا منه.

وأما السنة فمضاربته ﷺ لخديجة بمالها إلى «الشام» ذكره الْمَاوَرْدِي والروياني، وهو مشهور في السير والآثار تعضده.

وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة، ونقل ابن حزم وغيره فيه الإجماع مطلقًا، واختلف في حقيقته، فقيل: أوله وكالة وآخره شركة، وقيل: أوله وكالة وآخره جعالة، فالأول على القول بأنه يملك الربح بالظهور، والثاني على أنه إنما يملكه بالقسمة.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ كَوْنُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ**) أي: (**خَالِصَةً**) وقيل: إنه إجماع، والتحقيق أنه ينعقد على صحته عليهما، قالوا: ولأنه جاز على غيرهما لدخل رأس المال في الربح أو بالعكس عند المفاضلة لاختلاف القيم.

فَلَا يَجُوزُ عَلَى تِبْرٍ وَحُلِيٍّ مَغْشُوشٍ وَعُرُوضٍ ....

قال: (**فَلَا يَجُوزُ عَلَى تِبْرٍ وَحُلِيٍّ**) أي: وسبائك كالعروض، وأبدى ابن الْقَطَّان في السبائك احتمالين الجواز لا بالحكم وقت المفاضلة بمثله، والمنع لأن التقويم لا يكون بالنقاء.

قال: (**مَغْشُوشٍ**)، أي: وإن رجع وعلم قدر غشه هذا هو المشهور، والصحيح في «الروضة» وحكى في كتاب الشركة فيها [ونصه في التتمة] القراض عليها، وعليهما العمل وهو المختار، ورأى الإمام الجواز إن قاربت قيمتها مع عينها، وأجرة الضارب فيه النقد، وفي «تحرير الجرجاني» الجواز إذا لم يكن الغش ظاهرًا[١].

قال: (**وَعُرُوضٍ**) أي: متقومة كانت أو مثله لما سلف وقيل: في جوازه على المثليات وجهان، والمذهب الأول نعم لو مات رب المال في دوام القراض والمال عروض.

قالا: وفي جواز تقريره من الوارث أو القائم بأمره وجهان أصحهما: المنع؛ لأن القراض الأول انقطع بالموت لا يجوز ابتداء قراض على العروض، انتهى.

والوجه الثاني: قول أبي إسحاق وظاهر النص.

قال في «الشامل»: وله عندي وجه؛ لأن القراض لا يصح على العروض للحاجة عند المفاضلة إلى رد مثلها أو قيمتها، وذلك يختلف باختلاف الأوقات وهو غير موجود في مسألتنا؛ لأن رأس المال غير العروض، وحكمه باقٍ فصار قارضه على رأس المال مأذون العرض.

قال في «البحر»: قال القاضي الطبري: هذا ظاهر مذهب الشَّافِعِي.

قال: وقال سائر أصحابنا: وهو اختيار ابن أبي هريرة وأبي حامد، وهو القياس لا يجوز.

إشارات: يخرج من كلام المصنف المنع على الفلوس، وقيل: يجوز إذا

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٨٥).

وَمَعْلُومًا مُعَيَّنًا، ....

راجت، وتقابل الناس المقابلة بها، وأجراهما ابن الْقَطَّان في الدراهم المزيفة، وقصة إطلاق كلام المصنف وغيره جوازه على النقد الخالص في كل موضع.

وقال الإمام: لو كان لا يتعامل بها في قطر فقد ألحقها شيء فيه بما يروج من المغشوش، ونقل في «البسيط» الاتفاق على الجواز.

قال ابن الرِّفْعَة: الأشبه جوازه على نقد أبطله السلطان.

قلت: فيه نظر إذا عزَّ وجوده، أو خيف عزته عند المفاضلة.

قال: (**وَمَعْلُومًا**)، أي: ويشترط أن يكون النقد الخالص المضروب معلوم القدر، والصفة دفعًا للجهالة بالربح.

قال: (**مُعَيَّنًا**) أي: فلا يجوز أن يقارضه على أخذ الألوف سهمًا وإن تساويا في الصفة للجهالة، ولا على ما في ذمة زيد لا على ما في ذمة العامل، وقيل: فيه وجهان عند ابن سُرَيْج بأنهما يصح؛ لأنه بمنزلة الوكيل فهو كقوله: اشتر لي كذا بألف، ثم قال: ادفع الألف الذي عليك في ثمنه واستقر به في «البحر».

تنبيهات: الأول: قارضه على دراهم غير معينة ثم أحضر في المجلس دراهم وعينها.

قالا: قطع القاضي والإمام والغزالي جوازه كالصرف والسلم وقطع الْبَغَوِي بالمنع، وجزم في «الشرح الصغير» بالجواز.

ثم قال: وفي «التهذيب» أنه لا يجوز.

وقضية كلام الرَّافِعِي أن شرط الصحة الإحضار في المجلس، وبه صرح الإمام نقلًا عن القاضي الحسين، ولفظه: ولو فارق المجلس، ثم حصَّل الدراهم لم يصح ولا بد من تحديد عقد.

قال: وما ذكره حق لا دفع له، ولا يجوز أن يكون فيه خلاف.

قلت: وفيه نظر؛ لأنه ليس بمعاوضة محضة، وفي «الشامل» و«البحر» وغيرهما لو قال: قارضتك على ألف درهم، ثم قال: له عليه ألف ادفع الألف إليه جاز، وعبارة «البحر»: ثم قال لمن عليه ألف اجعله إليه جاز، قالوا: لأنه

وَقِيلَ يَجُوزُ عَلَى إِحْدَى الصُّرَّتَيْنِ، ....

لا فرق بين أن يعطيه بنفسه وبين أن يأمر غيره بذلك، ولم يذكروا المجلس، وقضية كلام «المنهاج» موافقة «التهذيب» وهو دأب «المحرر» غالبًا، والتصحيح خلافه، وعلى ما في «التهذيب» جرى على «الكافي» فقال: لو قارضه على دراهم في الذمة ثم عين في المجلس لم يجز؛ لأن كونها عينًا معينة حتى يرد العقد عليها شرط الصحة القراض، انتهى.

الثاني: قال شارح: وهل يشترط أن يكون القدر المعين مرتبًا، أو يجوز القراض على الغائب وإن منعنا بيعه؟ فيه نظر، والأقرب الثاني؛ لأنه توكيل، انتهى.

ويعضده ما سبق عن «الشامل» وغيره؛ لكن الْمَاوَرْدِي أطلق أنه لا يجوز القراض على مال غائب وجعله علة للمنع على قراضه على ما في ذمة زيد.

قال: (**وَقِيلَ يَجُوزُ عَلَى إِحْدَى الصُّرَّتَيْنِ**) أي: المتساويتين العلو متى المقدار فعلى هذا يتصرف العامل في أيهما شاء، والأصح المنع لعدم التعيين كالبيع وغيره.

قال الْمَاوَرْدِي: ولو عقد القراض على ألف من أنواع شتى، فإن علما كل نوع منهما صح العقد وإلا فلا، ولو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأي الألفين شاء، وسيودع الأخرى لم يجز للجهالة.

ولو دفع إليه كيسين في كل واحد ألف درهم على أن تكون أحدهما قراضًا والآخر وديعة، فوجهان، ولكن لو دفع إليه ألفًا وألفًا على أن له ربح أحدهما النصف ومن ربح الآخر الثلث، فإن عين الذي له منه نصف ربحه من الذي منه ثلثه جاز، وكانا عقدين، وإن لم يعين لم يجز للجهل فما لكل واحد من العقدين.

إشارة: صور الْمَاوَرْدِي وصاحب «المهذب» والرافعي وغيرهم مسألة الكتاب بما إذا دفع إليه الصرتين، وقد يفهم ذلك اشتراطه التمكن من التصرف من أحديهما عقب العقد بخلاف ما لو كانا بيد المالك، فإنه قد يحتاج بعد ذلك إلى التعيين، فإن صح هذا احتاج كلام «المنهاج» وأصله تقييد.

وَمُسَلَّمًا إِلَى الْعَامِلِ فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ الْمَالِ فِي يَدِ الْمَالِكِ، وَلَا عَمَلِهِ مَعَهُ، وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ الْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

فرع: لو قارضه على مالين بعقدين فخلط العامل أحدهما بالآخر ضمن خلافًا لأبي حنيفة، قاله في «البحر».

قال: (**وَمُسَلَّمًا إِلَى الْعَامِلِ**) أي: بحيث يستقل باليد عليه، والتصرف فيه.

(**فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ الْمَالِ فِي يَدِ الْمَالِكِ**) أي: ولا غيره لما فيه من الحجر هذا هو المذهب.

وفي «الحاوي»: إنه لو قال: ويكون المال عندي أو مع وكيل وأنت المتصرف بالبيع والشراء فوجهان: وجه المنع ما ذكرناه، ووجه الجواز إطلاق تصرفه، فجاز أن يستوثق في حفظ المال.

قال في «البحر»: أثر هذا ولو جعل عليه مشرفًا، فإن رد إليه إلى المشرف تدبيرًا أو عملًا لم يجز للحجر على العامل، وإن رد إليه مشارفة عقوده، ومطالعة عمل من غير تدبير ولا عمل، فوجهان كما مضى؛ لأنه حافظ.

قال: (**وَلَا عَمَلِهِ مَعَهُ**) أي: على المالك معه؛ لأنه خلاف موضوع العقد، وقضية أن بعض الربح يكون بماله وعلمه، وقيل: يجوز تبعًا ومعاملة.

قال: (**وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ الْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص هنا، وفي المساقاة؛ لأن غلامه ماله فجاز جعله تابعًا لماله، ويكون على العبد تابعًا لعمل العامل يرجع إليه، ويعمل برأيه وتدبيره بخلاف رب المال إذ لا يمكن أن يجعل تابعًا للعامل في ذلك.

قال في «البحر»: هذا قول أبي إسحاق وابن سُرَيْج وجمهور أصحابنا.

والثاني: لا يجوز، وحكى قولًا؛ لأن عمله كعمل سيده، وصححه القضاة أبو حامد والحسين والطبري والروياني، وذكر في «البحر» أنه ظاهر المذهب.

قال الْمُتَوَلِّي: وهو القياس، والخلاف فيما إذا لم يشرط مراجعة الغلام أو يكون بعض المال في يده.

قال في «الروضة»: فيفسد قطعًا انتهى.

....

وفي شرط كونه في الغلام الوجه السابق عن «الحاوي».

إشارات: قال الشارح: مراد المصنف بغلامه: العبد.

قلت: صرحوا أنه، لكن الظاهر أنه ليس مقيد؛ بل لو كان قد أوصى له بمنفعته عبده أبدًا ثم عتقه الوارث أو استأجر عبدًا مدة طويلة ثم عتق فقارض الموصى له بالمنفعة والمستأجر أجر، وشرط عليه رب المال على نفسه أن يعمل غلامه مع العامل أو شرط العامل عليه ذلك فوجهان، وظاهر النص الجواز كما في المساقاة.

قال شارح: والذي فهمته من كلام كثيرين أن التصوير فيما إذا كان الشرط من العامل، أما لو قصد المالك إلزام العامل به فسد قطعًا.

قال في «التتمة»: ذكر جماعة أنها كالغلام.

وقال الرُّويَانِي: المذهب فيها الجواز، وكذا الكيس الذي يجعل فيه المال، انتهى.

وعبارة «البحر»: قال ابن سُرَيْج: تفريعًا على مسألة العبد لو دفع إليه ألفًا قراضًا وبهيمة يستعين بها في ركوبه وينقل المتاع عليها جاز، ويكون على سبيل الإعانة منه بذلك، ولو دفع إليه مالًا في كيس وقال: انتفع بالكيس جاز، انتهى.

قال هذا الشارح: وأما الغلام الحر وزوجه المالك وأبيه، فإن شرط لهم بعض الربح بلا عمل لم يجز قطعًا، ومع العمل يكون قراضًا مع اثنين، فيجوز شرطه، وإن شرط لهم عملًا مجردًا لم يجز. انتهى.

أما التصوير بكون شرط عمل العبد من العامل فحسن، وإن أفهم كلام كثيرين أن الشرط إذا كان من المالك لم يضر إذا لم يجعل له حدًّا، ولا تصرفًا وربما رأيته صريحًا، وأما كون من شرط الغلام ملكًا لرب المال ففيه نظر إذا كان مستحق أجر كما أشرنا إليه، ويشبه أنه لو كان الموصى له مستحق اكتساب العتق كلها أنه لا يضر شرط كون ثلث الربح له مثلًا كما لو شرط ذلك لعينه؛ لأنه في الحقيقة له.

وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التِّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا كَنَشْرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا، فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ، أَوْ غَزْلًا يَنْسِجُهُ وَيَبِيعُهُ فَسَدَ الْقِرَاضُ، ....

قال: في الشخص وإن اشترط أن يعين العامل في القراض والمساقاة بغلمانه وأولاده وأقرانه جاز.

قال الشيخ أبو علي: المنصوص أنه لو جعل رب المال معه غلامه واشترط أن الربح بينه وبين الغلام والعامل أثلاثًا فجائز والثلثان لرب المال.

واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: تأويله أن يشترط الربح أثلاثًا لا العمل، وأما إذا اشترط أن يعمل غلامه مع العامل لم يجز كما لو شرط عمل نفسه، ومنهم من قال: يجوز أن يشترط رب المال على غلامه وأجيره مع العامل لا على نفسه بحال. انتهى.

فرع: سكوت «المنهاج» عن بيان ذكر نوع ما يتجر فيه يشعر بأنه لا يعتبر، ويحمله الإطلاق على العرف، وهو المصحح في «الروضة» لكن في «التتمة» أن ظاهر المذهب اشتراط، وبه جزم الجرجاني، ولو قيل: إن اطرد ببلد العقد بشيء نزل الإطلاق عليه، وإلا وجب التعين لكان متجهًا.

قال: (**وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التِّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا كَنَشْرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا**) أي: ونحوهما ما لم تكثر كما سيأتي بيانه.

قال: (**فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ، أَوْ غَزْلًا يَنْسِجُهُ وَيَبِيعُهُ**) أي: وما أشبه ذلك.

(**فَسَدَ الْقِرَاضُ**) ووجه بأنها أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فلا ضرورة إلى ارتكاب جهالة مستغنىً عنها.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو يشعر بأن مرادهم ما إذا شرط ذلك على العامل فلو شرط أن يستأجر من يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرف فقط فالعلة مقصودة، فيظهر هنا الصحة.

قلت: وفيه نظر إن كان الربح إنما نشأ عن الاستنفاع لا التصرف الأبدي، قول القاضي الحسين: لو قارضه على أن يشتري الحنطة ويخبزها مدة إذا ارتفع

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وُجُودُهُ، أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ.

سعرها باعها لم يصح؛ لأن الربح ليس حاصلًا من جهة التصرف، ولهذه العلة قال في «البحر»: لو قارضه ليشتري بالمال نخيلًا أو دواب ويمسك رقابها وما حصل من الثمن والنتاج بينهما لم يجز، وكذا لو قال: اشتر عقارًا للأجرة لا يجوز، وقال الإمام: ولو قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ثم يشتري ويبيع هناك أو يرد بالأمتعة إلى موضع القراض، قال الأكثرون بفساد القراض كشرط الطحن والخبز.

وقال الأستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين: لا يضر شرط المسافرة؛ فإنها الركن الأعظم في الأموال النفيسة.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ**) أي: كهذه السلعة.

(**أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وُجُودُهُ**)، أي: كالخيل البلق والياقوت الأحمر والعود الرطب والعبيد الخصان.

قال في «البحر»: سواء وجده أم لا؛ لأنه كان على غير ثقة من وجوده إلا أن يكون في مكان يوجد فيه ذلك غالبًا فيجوز، انتهى.

(**أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ**) لإحلال ذلك بالمقصود؛ لأن المتاع المعين قد لا يربح وقد لا يجد النادر والشخص المعين قد لا يعامله، وقد لا يجد عنده ما ظن ربحه.

وقيل: إذا كان المعين متاعًا لا ينقطع عنه ما يتجر في نوعه غالبًا جاز، وصححه القاضي أبو الطيب والمشهور الأول فعليه لو عيَّن معاملة اثنين أو ثلاثة هل يكون ذلك بمنزلة الواحد؟ لم أر فيه نصًّا والأقرب نعم والواحد مثال.

إشارات: خرج بقوله: (**يندر وجوده**) ما دام وجوده كالحبوب والحيوان، ولو كان يوجد في وقت دون وقت كالثمار الرطبة صح، وقيل: لا، وقيل: إن كان في زمنها صح وإلا فلا، وعلى الصحة هل يرتفع القراض بانقضاء زمنه أو يبقى إلى أوانه من قائل وجهان في «الحاوي»، ولو قال: لا تشتر هذه السلعة لم يضر، وكذا قوله: لا تبع زيدًا ولا تشتر منه على الصحيح، وبمقابله جزم الداري

وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ الْقِرَاضِ، فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا فَسَدَ، وَإِنْ مَنَعَهُ الشِّرَاءَ بَعْدَهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ اخْتِصَاصُهُمَا بِالرِّبْحِ ....

لو شرط التصرف في سوق معين صح، أو حانوت فلا للتضييق، قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ الْقِرَاضِ**) لأن المقصود منه الربح لا ينضبط وقته فالتأقيت يفسده بخلاف المساقاة، فإن مقصودها الثمرة فالمدة تضبطها.

قال: (**فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا فَسَدَ، وَإِنْ مَنَعَهُ الشِّرَاءَ بَعْدَهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: مطلقًا أو من البيع فسد، أي: لمخالفته مقتضى العقد، ولإخلاله بالمقصود، وإن منعه الشراء بعدها، أي: دون البيع، فلا في الأصح، وقطع به جماعة؛ لأنه متمكن من منعه من الشراء متى شاء بخلاف البيع.

والثاني: نعم؛ لأن ما وضعه على الإطلاق من العقود لا يجوز تأقيته، وصححه الْغَزَالِي، وزعم ابن يونس أنه ظاهر المذهب، وليس كذلك فعلى الأول.

قال الإمام: يشترط أن يذكر وقتًا يتأتى فيه الاسترباح لا كساعة من النهار، ولو قارضه سنةً مطلقًا ففاسد نص عليه في «الْبُوَيْطِي».

وقيل: يجوز، ويحمل على المنع من الشراء فقط.

وقيل: يصح مؤقتًا، وعبارة «المنهاج» توهم موافقته إلى الصحة مطلقًا، وبقي من هذا الطرد صور ذكرت منها جملة في «الغنية».

قال: (**وَيُشْتَرَطُ اخْتِصَاصُهُمَا بِالرِّبْحِ**) أي: فلا يجوز شرط شيء منه لثالث أو لا عمل له ولا مال، فإن شرط عليه العمل فقراض مع اثنين، وهذا ما أورده الشيخان وغيرهما، وفي «الحاوي» أن القراض باطل سواء شرط عمل لثالث معه أم لا؛ لأنه لا حق له في ربح مال القراض بخلاف العبد الذي يرجع ما شرطه له إلى سيده، ولو تصادقا على أن ما شرط للثالث على وجه الاستعادة الاسم ليصح القراض، وادعى الآخر التملك ليبطل فالقول قوله؛ لأن الظاهر معه، ويكون القراض باطلًا إن حلف، انتهى.

ولعل مراد الأولين ما إذا عقد الملك القراض مع الثالث، ومراد

وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، وَلَوْ قَالَ قَارَضْتُك عَلَى أَنَّ كُلَّ الرِّبْحِ لَك فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وَقِيلَ قِرَاضٌ صَحِيحٌ وَإِنْ قَالَ كُلُّهُ لِي فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وَقِيلَ: إبْضَاعٌ، وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا بِالْجُزْئِيَّةِ فَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ لَك فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيبًا فَسَدَ، أَوْ بَيْنَنَا فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ، ....

الْمَاوَرْدِي ما إذا لم يقع معه عقد فلا يستحق شيئًا من الربح عمل أم لا، وأطلق الدارمي أنه لو قال: قارضتك على أن لي الثلث ولك الثلث ولولدك أو نحوه الثلث صح انتهى.

وفي «البحر»: لو قال: ثلثه لي، وثلثه لدابتي، وثلث لك، فوجهان: أحدهما: لا يجوز، والثاني: إن تنازعا أنه أراد لنفسه وأضاف إلى دابته يجوز.

قال: **(وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ)** أي: هذا بماله وهذا بعمله، ولو قال: قارضتك على أن كل الربح لك فقراض فاسد اعتبارًا باللفظ.

(وَلَوْ قَالَ قَارَضْتُك عَلَى أَنَّ كُلَّ الرِّبْحِ لَك فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ وَقِيلَ: قِرَاضٌ صَحِيحٌ) اعتبارًا بالمعنى.

(وَإِنْ قَالَ كُلُّهُ لِي فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وَقِيلَ: إبْضَاعٌ) أي: بضاعة ربحها للمالك والعامل وكيل متبرع، ومثار التردد أن الاعتبار في العقود بصيغها أو بمعانيها.

قال: **(وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا بِالْجُزْئِيَّةِ)** أي: ويشترط كون اشتراكهما في الربح معلومًا بالجزئية لأن من حيث التقدير فإنه فاسد، والجزئية كالنصف أو الثالث أو الربع لا يضر جهلهما مقدار ذلك الجزء حالة العقد على الأصح، كقوله: على أن ذلك من الربح سدس ربع العشر مثلًا كسهولة معرفته.

قال: **(فَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ لَك فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيبًا فَسَدَ)** لجهالة العوض، أو يثبت. **(أَوْ بَيْنَنَا فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ)** كما قال: هذه الدار بيني وبين زيد.

والثاني: لا؛ لاحتمال أنه مناصفةً أو مثالثةً فكان مجهولًا كبعتك بألف مثقال ذهب وفضة، ويجري الوجهان في قوله: قارضتك على هذا بالنصف أو بالثلث أو بالثلثين، فيصح على الأصح، والمسمى نصيب العامل، فلو اختلفا فقال العامل: شرطه لي فالعقد صحيح، فقال: بل لنفسي.

وَلَوْ قَالَ: لِي النِّصْفُ فَسَدَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قَالَ: لَك النِّصْفُ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا عَشَرَةً أَوْ رِبْحَ صِنْفٍ فَسَدَ.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ إيجَابٌ وَقَبُولٌ، ....

قال ابن سُرَيْج: فالمصدق العامل؛ لأن الظاهر معه، ذكره في «البحر» وغيره، ولا يسلم هذا عن تداع دعوى الضمير الفساد.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: لِي النِّصْفُ فَسَدَ فِي الْأَصَحِّ)** لأن الربح كله له؛ لأنه نماء ماله فلم يكن فيه بيان ما للعامل، والثاني: يصح، ويكون بيان نصيب أحدهما ذاك على نصيب الآخر كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] فدلَّ على أن الباقي للأب.

قال: **(وَإِنْ قَالَ: لَك النِّصْفُ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ)** أي: وسكت عن نصيب نفسه صح على الصحيح لما قدمناه، فإذا تبين نصيب العامل كان في الباقي لمالك الأصل، والثاني: لا لعدم تعيين ماله منه، والخلاف جارٍ فيما لو قال: لك النصف ولي، أو السدس، والصحيح الصحة، ويكون بينهما نصفين.

فرع: ولو قال: لك ربح نصف المال لم يصح.

وقيل: يصح كقوله: لك نصف ربحه، قال الرُّويَانِي: لو قال: خذ هذه الدراهم وابتع فيها على أن ما رزق الله تعالى من ربح يكون بيننا نصفين لم يصح، ولو قال: خذها واعمل فيها صح لاقتضاء العمل بالبيع بخلاف لا تبتاع. انتهى. وفيه وقفة.

قال: **(وَلَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا عَشَرَةً)** أي: مثلًا.

(أَوْ رِبْحَ صِنْفٍ فَسَدَ) لأن الربح قد ينحصر في العشرة أو في ذلك النصف، فيعود أحدهما بجميع الربح، وهو خلاف وضع القراض، وكذا لو قال: لك نصف الربح إلا درهم لم يصح، ولو قال: قارضتك ولم يذكر الربح لم يصح، وقيل: يصح، ويكون مناصفة.

قال: **(فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ)** أي: ويكون القبول متصلًا بالإيجاب

وَقِيلَ يَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ - وَشَرْطُهُمَا كَوَكِيلٍ وَمُوَكِّلٍ.

الاتصال المعتبر في سائر العقود.

قال: (**وَقِيلَ يَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ**) لم أر هذا الوجه هكذا مطلقًا إلا في «المنهاج»، والمذكور في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» بعد الجزم باشتراط الإيجاب والقبول أنه لو قال: خذ هذه الدراهم واتجر فيها على أن الربح بيننا أنه يستغنى عن القبول على وجه، وغير مفسرين عنه بأنه إن قال بلفظ الأمر: خذ وتصرف لم يشترط القبول، وكذا نقل الإمام ذلك عن القاضي الحسين.

قال: (**وَشَرْطُهُمَا**) أي: المالك والعامل.

(**كَوَكِيلٍ وَمُوَكِّلٍ**) لأن القراض بوكيل وموكل فيعتبر فيهما ما يعتبر في الموكل والوكيل، وعبارة «الكافي» ويشترط في العاقدين ما يشترط في الموكل والوكيل بأجرة، أي: فمن لا يصح استئجاره على العمل لا يصح عقد القراض معه.

فرع: قال في «الروضة»: يجوز لولي أن يقارض بمالهما سواء فيه الأب والجد والوصي والقيم.

قلت: وحكم الشفعة حكمهما، وسبق في الحجر عن الصيمري أنه لا يتخير في هذا الزمان لفساده، أو لجور السلطان على التجار.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنما يجوز الاتجار له بشروط: أن يكون الزمان آمنًا، والسلطان عادلًا، والتجارة مربحة، وعن أصحابنا أنه إنما يجوز للوصي أن يقارض للمحجور بإذن الحاكم والقيم كالوصي، وممن صرح بذلك من المتقدمين «صاحب الخصال»، وشرط العامل هنا الأمانة، بحيث يجوز إيداعه المال المدفوع إليه وأن يكون قويًا يمكنه النهوض به.

قال الْمُتَوَلِّي: ويستحب للولي أن يستقصي فيما شرطه للعامل حتى لا يكون أكثر من أجرة مثله إلا أنه لو شرط أكثر من أجرة المثل صحَّ، وكان هذا فيما إذا لم يجد كافيًا يرضى بدونه.

قال الْمَاوَرْدِي: وليس لغير الأب أن يأخذ القراض لنفسه، والظاهر أن الجد كالأب وفي «البحر»: وإذا قارض الولي للطفل فلا يأذن للشبه بحال

وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي الْعَمَلِ وَالرِّبْحِ لَمْ يَجُزْ فِي الْأَصَحِّ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ، ....

للغرر سواء كان الولي أبًا أو جدًّا أو وصيًّا أو قيمًا نص عليه في «الْبُوَيْطِي». انتهى وفيه إشكال.

قال: (**وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي الْعَمَلِ وَالرِّبْحِ لَمْ يَجُزْ فِي الْأَصَحِّ**) لأن وضع القراض على أن يدور بين مالك وعامل، وهذا يدور بين عاملين فلا يصح، وهذا ما جعله في «المحرر» و«الشرحين» الأشبه.

والثاني: يجوز، كما لو قارض المالك اثنين في الابتداء، وهذا هو الأقوى، والأصح في «الكافي»: نعم يجب أن يكون محل الوجهين ما إذا كان رأس المال باقيًا بحاله نقدًا، وهو ما دل عليه كلام بعضهم، وكان قد نص عليه.

أما لو كان الأول قد يصرف وصار عرضًا، فلا لأنه ابتداءً قراض على عروض والمذهب امتناعه، واحترز المصنف المشاركة عما لو أذن له على أن ينسلخ هو منه، فإنه يصح جزمًا، وهو وكيل ذلك إذا لم يكن ما بيده عرض، فإن كان لم يصح لما ذكرناه، ولو أطلق المالك الإذن ولم يذكر الأول نصيبًا من الربح يشترط لنفسه نصيبًا فسد القراض الثاني كما اقتضاه كلام العراقيين وغيرهم.

وقال الدارمي: لو قارضه وقال له: إن رأيت أن تقارض به غيرك فافعل فإن شرط للثاني جميع حصته صح، وإن بقي لنفسه فوجهان، فإن قلنا: لا يصح فللثاني الأجرة والربح والرفعة له ولا شيء للأول، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وهل ينعزل بمجرد إذن المالك له فيه، أو لا، ما لم يقع منه ما أمر به؟ فيه نظر، والأشبه الانعزال، وإن كان رب المال هو المبتدئ لذلك دون ما إذا سأله العامل وأجابه المالك. انتهى، وهذا فيما إذا أمره به أمرًا جازمًا لا كما صوره الدارمي.

فرع: قال الدارمي: إذا قال: ما لا تقوم به لك اجعله إلى غيرك، فستأجر من يتجر ببعضه؛ فأجرته في الربح وما بقي يقسم كالمؤن.

قال: (**وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ**)؛ لعدم إذن المالك وإيمائه وغيره.

فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي فَتَصَرُّفُ غَاصِبٍ، فَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِالْجَدِيدِ فَالرِّبْحُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ، وَقِيلَ هُوَ لِلثَّانِي وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ فَبَاطِلٌ.

قال الرَّافِعِي: ويجيء فيه قول وقف تصرف الفضولي على الإجارة والفساد مطرد سواء قصد المشاركة في العمل والربح، أم في الربح فقط، أم قصد الانسلاخ.

قال: (**فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي فَتَصَرُّفُ غَاصِبٍ**)؛ لما ذكرناه.

(**فَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ**) أي: وسلم ما أخذه من الأول ثمنًا وربحًا.

(**وَقُلْنَا بِالْجَدِيدِ**) أي: وهو أن الربح كله للغاصب لصحة الشراء في الذمة.

قال: (**فَالرِّبْحُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ**) فإنه يصرف بإذنه كالوكيل.

قال سليم الرازي: سواء علم بالحال أم لا، وهو قضية إطلاق المصنف وفي كونه للأول إذا علم الثاني بالحال وحكمه بعيد؛ لكنه علم له لا لنفسه خاصةً.

قال: (**وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ**) لأنه لم يتبرع، وفي هذه زيادة على «المحرر».

قال: (**وَقِيلَ هُوَ لِلثَّانِي**)؛ لأنه المتصرف كالغاصب وهو قوي عند علمه بالحال والحكم وينبغي أنا إذا قلنا: الربح للأول أن يكون التصوير فيما إذا قصد ذلك لنفسه أو أطلق لا فيما إذا قصد المشاركة والانسلاخ من البين ولا سيما إذا جهل المنع هذا كله تفريع على الجديد وتفاريع القديم مشهورة.

قال: (**وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ فَبَاطِلٌ**) لأنه فضولي وفيه ذلك القول هذا كله إذا ربح، فلو تلف المال في يده فإن علم بالحال فغاصب، وإن ظن الدافع مالكًا فمستودع غاصب.

وقيل: كمتهب منه فعلى الأول قرار الضمان، وعلى الثاني قراره هذا حاصل كلام الشيخين وفي سلسلة الجويني أنه إذا اشترى بغير ذلك المال وربح أرباحًا فوجهان:

أحدهما: أن ملك العقود باطلة، والثاني: أن المالك مخير بين إجارة

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلًا وَمُتَسَاوِيًا، ....

العقود وقسم الأرباح وبين فسخها.

قال: والوجهان ينبنيان على قولين منصوصين فيمن غصب مالًا وتصرف في غيبة واستثمر وربح ثم تمكن المغصوب منه ففيه قولان:

أحدهما: أن تلك العقود باطلة وله أن يقتفي آثار ماله فيسترجعه.

والثاني: أنه مخير بين هذا وبين أن يجيز تلك العقود ويأخذ الأرباح.

قال: وهذان القولان جديدان سواء جوزنا وقف العقود أم منعناه والقياس مع القول الأول، والمصلحة مع الثاني، انتهى.

قال: (**وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلًا وَمُتَسَاوِيًا**)؛ لأن ذلك كعقدين ولا بد من تعيين من له الأكثر.

قال الرَّافِعِي: قال الإمام: وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال فإن شرط على واحد منهما مراجعة الآخر لم يجز، وما أرى الأصحاب يساعدونه عليه، انتهى. وطرح من الشرح الصغير كلام الإمام.

واعلم أن الإمام ذكر ما حكاه عنه وقال: معه هذا الذي جوزه الأصحاب وفيه كلام وإشكال يأتي مفصلًا، ثم قال في آخر الباب بعد كلام طويل يخرج من مجموع ما ذكرناه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقارضهما على أن يتصرف كل واحد في جميع المال، وهذا باطل لا شك فيه.

والثاني: إن تعاونا على العمل في الجميع، فهذا محتمل والأظهر بطلانه.

والثالثة: أن يقع مقارضةً لهما على أن يكون كل واحد منهما عامل في شطر المال، فهذا جائز.

وقد قال الشَّافِعِي: تعدد المقارض يتضمن تعدد القراض فلا محمل لكلامه إلا هذه، ثم ذكر فرعًا في اختلاف المالك والعاملين قال فيه: وهذا جواب ابن سُرَيْج، وهو حسن بالغ، وفي تفريعه ما يدل على أن يقارضه الرجلان على صفة التاجر والتعارف جائز.

وَالِاثْنَانِ وَاحِدًا وَالرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الْمَالِ، ....

ثم قال: من بعد قد قدمنا ترددًا من طريق الاحتمال في مقارضة المتعاقدين، والآن شهد تفريع ابن سُرَيْج على تصحيحه على ما فيه من الإشكال، وليس عندي نقل في فساد في مقارضة المتعاونين، والذي قدمته في التفصيل والتقسيم جرى بتلك الوجوه والاحتمال وليس عندي نقل صريح بأن كلًا منهما لو استقل بالعمل من غير مراجعة صاحبه فالقراض فاسد، وإنما قلته عن احتمال، انتهى.

وعلى تقسيمه الثاني اقتصر صاحب «التعجيز» إلا أن المختار الجواز إذا شرط التعاون وهو قضية كلام «الوسيط»، وذكر في «البسيط» التقسيم السابق وعزاه إلى الإمام، وأنه حكى عن الأصحاب إطلاق القول بالجواز، ثم نزل قولهم على التقسيم الأخير في كلامه وما يأتي عن ابن سُرَيْج يدل على الصحة مطلقًا وما ذكره احتمالات مرددة لا عن نقل.

ثم قال: وما ذكره ابن سُرَيْج يدل على أنه لو قارضهما على أن يتعاونا في العمل ويشتركا فيه صحيح؛ فإنه قرض في مال سائغ وجعلهما لشخص واحد في القراض، وما سبق أولًا احتمال والنقل يدل على الصحة مطلقًا، انتهى.

وقال القاضي أبو الطيب: إذا قارض اثنين بألف صح ويكون في حكم عقدين وكأنه قارض كل واحد على انفراد بخمسمائة، وكلام «الشامل» يفهم أن الحكم كذلك إلا أن كل واحد يعمل في كل المال كشركة العنان أي: الأبدان، كما قاله في «البحر».

قال: **(وَالِاثْنَانِ وَاحِدًا)**؛ لأن ذلك كعقدين.

(وَالرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الْمَالِ) أي: بلا زيادة ولا نقص فلو كان المال ألفًا مثلًا وشرط لأحدهما أكثر من نسبة ماله فسد، ويجوز أن يشترط أحدهما للعامل من نصيبه النصف والآخر من نصيبه الربع مثلًا وعيَّناه وعرف قدر مال كل واحد منهما جاز أن يشترطا كون الباقي بينهما على غير ما تقتضيه نسبة المالين.

وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ نَفَذَ تَصَرُّفُ الْعَامِلِ وَالرِّبْحُ لِلْمَالِكِ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ إِلَّا إِذَا قَالَ: قَارَضْتُك وَجَمِيعُ الرِّبْحِ لِي فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطًا لَا بِغَبْنٍ ....

قال: **(وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ نَفَذَ تَصَرُّفُ الْعَامِلِ)**؛ لوجود الإذن كما في الوكالة الفاسدة، هكذا أطلقه كثيرون، وقيده جماعة بما إذا فسدت لفوات شرط أو بجهالة في المال، أو لكون المال غير نقدٍ ويجب أن يكون موضع نفوذ تصرفه إذا قارضه المالك بماله، أما لو قارضه بمال غيره بولاية أو وكالة فلا، ولم أره نصًّا.

قال: **(وَالرِّبْحُ لِلْمَالِكِ)**؛ لأنه نماء ملكه أي: والخسران على المالك أيضًا.

(وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ) أي: سواء ربح أم خسر؛ لأنه لم يتسرع بعمله، فإذا قال: المسمى كان له أجرة المثل، وقيل: إن لم يكن ربح فلا شيء له، وزيفه الإمام.

قال: **(إِلَّا إِذَا قَالَ: قَارَضْتُك وَجَمِيعُ الرِّبْحِ لِي فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ)** لأنه عمل على ألا شيء له.

والثاني: له أجرة المثل كسائر صور الفساد، وهذا ما قاله ابن الرِّفْعَة في كتابيه أنه الصحيح وصححه غيره، وعليه اقتصر العراقيون وأجرى القاضي الحسين في كتاب «الخلع» في قوله: قارضتك وساقيتك ولم يذكر نصيب العامل، وفيه نظر وبلزوم الأجرة هنا أجاب الإمام.

قال: وليس قوله قارضتك على أن جميع الربح لي؛ لأنه لم يتعرض هنا لإضافة الربح إليه بنفي ولا إثبات وهو الفارق.

قال: **(وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطًا)** أي: كسائر من يتصرف لغيره.

(لَا بِغَبْنٍ) أي: لا يحتمل كالوكيل، وقوله: «محتاطًا» أحسن من قول «المحرر»: بالغبطة؛ لأنه يفهم أنه لا ينفذ تصرفه إذا خلا عن الغبطة والمفسدة كشراء الشيء بثمن مثله، نعم ليس له أن يشتري شيئًا بثمن مثله وهو لا يرجو

وَلَا نَسِيئَةٍ بِلَا إِذْنٍ.

فيه ربحًا، قاله الْمَاوَرْدِي وغيره وليس له أن يبيع لنفسه ولا لكل من لا يجوز للوكيل أن يبتع منه.

واعلم أن قضية كلامهم هنا أن الغبن اليسير محتمل من غير فرق بين مالك ومالك وفي الحجر من «النهاية» وغيره إطلاق القول بأنه لا يجوز بيع مال المحجور عليه بغبن، وإن قل حدًا ويمكن حمله على مال الغيبة لا التجارة إذا كانت المصلحة في بيعه كذلك ككساده أو استدلال ما فيه ربح أو خشية فساده.

قال: (**وَلَا نَسِيئَةٍ بِلَا إِذْنٍ**)؛ لما فيه من الغرر، وسبق عن النص أن العامل في مال المحجور عليه لا يبع نسيئة بحال، والقياس أنه إذا جاز للأب والجد أن يجعلا أنفسهما عاملين أن يجوز لهما ذلك حيث يجوز لهما في غير القراض.

قال الشَّافِعِي في «الأم» ولو قال: تصرف ما شئت واصنع ما ترى كان البيع بالنقد والنسيئة.

إشارات: إذا أذن له في البيع نسيئة، فهل يجب التعرض للمدة أم لا؟ وعلى هذا فما قدرها؟.

قال ابن الرِّفْعَة: يأتي فيه ما ذكر في الوكالة، سألت الشيخين عن الشراء بالنسيئة بالإذن، وقد يفهم كلامهما المنع فإنهما أطلقا أنه لا يبيع نسيئة، ولا يشتري بها.

ثم قال: فإن أذن له المالك في البيع نسيئة فعل، ووجب الإشهاد، فإن تركه ضمن وفي «الحاوي» و«البحر» إنه إذا أذن في النَّسَاءِ أن يبيع ويشتري سلمًا للغرر، فإن أذن في الشراء سلمًا جاز، أو البيع سلمًا لم يجز، والفرق أن الحظ غاليًا في الشراء دون البيع.

قال الرُّويَانِي: لو نهاه عن البيع والشراء بالنقد لم يلزمه الإمساك للتغرير، ويبطل عنه القراض بهذا الشرط، وفي «العدة»: إذا قارضه على ألا يبيع إلا بالنسيئة فهل يصح؟

وجهان، أجاب الْمَاوَرْدِي بالصحة، وابن الصباغ والروياني بالمنع،

وَلَهُ الْبَيْعُ بِعَرْضٍ، ....

ويشبه أنه إذا باعه نقدًا بما يباع به نسيئة ولا خوف على المال، وصححا القراض أنه يصح إذا أوجبا على العامل الإشهاد، قبل ابن الرِّفْعَة بحثا الأشبه أن الواجب عليه ألا يسلم المبيع حتى يشهد على المشتري شاهدين، إما بمشاهدة العقد أو بإقراره أو بجريانه أنه لا يجب عقد البيع بحضرتهما؛ لأنه يبعد واشتراطه للتضييق.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي: إقرار العامل بدين أو أجرة أجير أو حانوت مقبول، وإن جحد رب المال.

قال: (**وَلَهُ الْبَيْعُ بِعَرْضٍ**)، ولأنه المقصود الاسترباح، وهذا من طرقه، وسكت الشيخان عن الشراء بالعرض، والظاهر أنه أولى بالجواز، وبجواز الأمرين، صرح الجرجاني والغزالي، لكن الجواب أن تعليق الْبَنْدَنِيجِي، وإشارة سليم و«الشامل» و«البيان» و«الحلية» واجبة إجماع العراقيين أنه لا يبيع بنقد البلد كالوكيل خلافًا لأبي حنيفة، وبذلك جزم الشيخان في «كتاب الشركة» تكلمنا عليه.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: وكذا لو قال: اعمل برأيك، نصَّ عليه، وفي «الحاوي» و«البحر» وغيرهما أنه لو كان مال القراض دراهم لم يجز إن اشترى بالدنانير؛ لأن الشراء بغير مال القراض خارج عن القراض فيقع للعامل، ويجوز إذا كان المال دراهم أن يبيعها بالدنانير ثم يشتري حينئذٍ بالدنانير، وحاصل هذا أنه إذا اشترى في الذمة تعين الشراء بنوع رأس المال حينئذٍ.

قال شارح عن قول المصنف: وله البيع بعرض.

قال ابن الرِّفْعَة: وقياسه أن يبيع بغير نقد البلد لكن الْبَنْدَنِيجِي والحناطي وسليم والروياني قالوا: لا يجوز.

قلت: يحمل على ما إذا باع بنقدٍ غير نقد البلد، فإنه لا يروح هناك فيعطل الربح بخلاف العرض، انتهى.

وكأنه - رَحِمَهُ اللهُ - تعالى ظن أن البيع بالعرض محل وفاق، والذي فهمه عن

وَلَهُ الرَّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ، فَإِنِ اقْتَضَتْ الْإِمْسَاكَ فَلَا فِي الْأَصَحِّ، وَلِلْمَالِكِ الرَّدُّ، فَإِنْ اخْتَلَفَا عُمِلَ بِالْمَصْلَحَةِ، وَلَا يُعَامِلُ الْمَالِكَ.

العراقيين أنه لا يجوز إلا بنقد البلد، وعبارة «البيان»: لا يبيع العامل إلا بنقد البلد؛ لأنه تصرف في مال غيره، فاقتضى الإطلاق ذلك كالتوكيل، وفي «الشامل» نحوه.

وقال في «البحر»: وإن نصَّ له على البيع أو نَساءٍ بنقد البلد وبغير نقد البلد كان له ما نصَّ عليه، وإن أطلق، ولا يجوز إلا بنقد البلد كما قلنا في الوكيل خلافًا لأبي حنيفة لكن في «تنبيه» ابن أبي عصرون: ولا يبيع بغير نقد البلد إلا أن يرى فيه خطأ، وله أن يبيع بعروض، انتهى.

وصرح بأن له البيع بنقد غير نقد البلد إذا رأى فيه خطأ، وهو صحيح، والمختار دليلا البيع والشراء بالعروض، إذ الغرض الربح، ويحتمل أن يقال: يبعد الإطلاق بعرف البلد في ذلك، وهو حسن.

قال: (**وَلَهُ الرَّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ**) أي: وإن رضي به رب المال بخلاف الوكيل؛ لأن له حق في المال، وعبارة المصنف أحسن من قول «المحرر» إن كانت الغبطة في الرد.

قال: (**فَإِنْ اقْتَضَتْ الْإِمْسَاكَ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) لإخلاله بالمقصود، والثاني: نعم كالوكيل، وهو ظاهر نص «المختصر».

قال الإمام: وهو متجه، فإن حطه عن رتبة الوكيل لا وجه له، ورجحه الْغَزَالِي في «البسيط» وحكى طريقة قاطعة بالأول.

قال: (**وَلِلْمَالِكِ الرَّدُّ**) أي: حيث يجوز للعامل، وأولى.

قال: (**فَإِنْ اخْتَلَفَا عُمِلَ بِالْمَصْلَحَةِ**) رعاية للجانبين، وقيل: إن أجازه المالك لزم كالوكيل، ولو استوى الحال من الرد وعدمه، قال ابن الرِّفْعَة: يرجع إلى العامل إذا جوزنا له شراء العيب بقيمته، أي: وهو الأصح إذا رآه مصلحة، فإن رأى فيه ربحًا جاز على الوجهين.

قال: (**وَلَا يُعَامِلُ الْمَالِكَ**) أي: في مال القراض ببيع ولا بشراء؛ لأنه

وَلَا يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَلَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الْأَصَحِّ.

ملكه، هذا هو المعروف، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: لا يجوز له ذلك على ظاهر مذهب الشَّافِعِي، فرمز إلى خلاف فيه، وبالمنع أجاب الْمَاوَرْدِي هنا، وقال في «باب المرابحة»: إنه لو اشترى عامل القراض ثوبًا بمائة درهم ثم باعه على رب المال بمائة وخمسين لم يجز لرب المال إذا باعه مرابحة أن يجيز بالثمن إلا مائة وخمسة وعشرين درهمًا؛ لأن نصف الربح له. انتهى.

وغلط الرُّويَانِي، وقال ابن الرِّفْعَة: تجب مع معاملة المالك ظاهر في الابتداء، أما لو ظهر ربح، وقلنا: يملك حصته بالظهور، فما يمنع من صحتها في حصته. انتهى.

ولو كان له غلامان كل واحد متفرد بمال فهل لأحدهما الشراء من الآخر؟ فيه وجهان في «العدة» و«البيان» ويذكر عن «تعليق» الشيخ أبي حامد أنه لو وكل رجل رب المال ليشتري له شيئًا من عامله جاز، وهو غريب.

قال: (**وَلَا يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ**)؛ لأن المالك لم يرض بأن يستغل العامل ذمته إلا به.

(**وَلَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ**)، أي: كأصوله وفروعه؛ لأنه خسران كله، وألحق ابن أبي عصرون بالقريب مستولدته إذا أبيعت في دينه لكونها مرهونة من قبل، وهل يلحق بذلك ما إذا أقر بحريته عند غيره أو شهد بعتقه الأشبه نعم، ويحتمل ذلك، والمستولدة بكلام الكتاب، والظاهر أن قول المصنف بغير إذنه مقصور على الثانية، وهي شراء من يعتق عليه، ويحتمل عوده إلى التي قبلها أيضًا، ولم أره نصًا.

قال: (**وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الإملاء» لما فيه من الضرر بانفساخ النكاح، والثاني يجوز؛ لأنه قد يكون ربحًا، ونقله الْمَاوَرْدِي وجماعة قولًا، وقوله: زوجه أعم من قول «المحرر»: زوجته، إذ لا فرق فيه بين الذكر والأنثى.

وَلَوْ فَعَلَ لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ، وَلَا يُسَافِرُ بِالْمَالِ بِلَا إذْنٍ، ....

قال: (**وَلَوْ فَعَلَ**) أي: ما منعناه منه من الشراء بأكثر من رأس المال وشراء من يعتق عليه والزوجة (**لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ**) لما سبق.

(**وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ**) أي: ولم يصرح بالسفارة، فإن صرح، فوجهان، اختيار أبي إسحاق وقوعه للعامل، وإلغاء التسمية.

قال في «البحر»: والأقيس أنه يبطل، واحترز بقوله: في الذمة عما إذا اشتراه بالعين، فإنه باطل من أصله، وكذلك لو اشترى في الذمة يشترط أن يوفر الثمن من مال القراض قاله الرُّويَانِي.

وإذا وقع شراء من يعتق عليه، والزوج بإذنه صح وانفسخ النكاح، وأما عتق القريب، فإن لم يكن في المال ربح عتق على المالك، وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض، وهل يكون ابتياعه داخلًا في عقد القراض؟ وجهان أصحهما عند الْمَاوَرْدِي وغيره: لا، وله أجرة عمله على الشراء.

والثاني: وجزم به أبو حامد وجماعة، واقتضاه كلام الرَّافِعِي: نعم ولا شيء للعامل، وإن اشتراه ببعض المال، رأس المال ما بقي، وكأنه استرد ذلك المقدار منه، وإن كان في المال ربح، فإن قلنا: إنما يملك العامل حصته بالقيمة عتق أيضًا، وغرم المالك نصيبه من الربح، وإن قلنا: بالظهور عتق منه حصة رأس المال، ونصف المالك من الربح، وسرى إلى الباقي إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا بقي رقيقًا، هذا إذا ما أورده ورواه طرق الأصحاب.

قال: (**وَلَا يُسَافِرُ بِالْمَالِ بِلَا إذْنٍ**) أي: وإن كان السفر قريبًا أو الطريق آمنًا لا مؤنة فيه من الخطر، ونقلا تبعًا للشيخ أبي حامد قولًا عن «كتاب الْبُوَيْطِي» أنه لا يجوز عند أمن الطريق، وقال ابن الرِّفْعَة: ولم أره فيه هنا، ونقل الجيلي عن «فتاوى الرُّويَانِي» يعني في «البحر» به أنه يجوز إذا أمن، وكان الربح أكثر، ولم أره في هذا الباب بل جزم بالمنع، ويحتمل أن يقال: يرجع في ذلك إلى عرف البلد، وبين الإطلاق عليه، ولا يخفى أنه لو عقد معه القراض بموضع لا

....

يصلح للإقامة كالمفازة واللجة أنه يجوز له السفر بالمال، وإن لم يصرح له بالإذن للقرينة الدالة عليه، نعم لا يحدث سفرًا جديدًا إلا بإذن.

إشارة: قوله: بلا إذن يقتضي جوازه به، قال في «الروضة»: إلا أنه لا يركب البحر إلا بنصٍ عليه.

قلت: وهذا في غير سكان الجزائر التي يحيط بها البحر، وهل يلحق به الأنهار العظام كالنيل والفرات؟ لم أر فيه نصًا، ويحتمل أن يقال: إن تساوى خطرها خطر البحر لم يجز إلا بنص.

قال ابن الرِّفْعَة: وإذا لم يعين له مكانًا فقيد سفره بالمواضع التي جرت العادة بالمسافرة إليها من بلد القراض ثم أبدى بحثًا في سفر عامل المحجور عليه، وقد صرح الرَّافِعِي في «الوصايا» بأنه يجوز للوصي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يتصرف في البلد، وإلى من يسافر به إذا جوزنا المسافرة عند أمن الطريق، وهو الأصح.

فرع: لو سافر العامل بلا إذن تعدى وضمن إن لم يضطر إليه كما سيأتي في المودع فإن سافر من غير ضرورة، وتصرف على وفق الإذن نفذ تصرفه، هذا ما تضمنه كلام الشيخين، وقال الْمَاوَرْدِي: إن فعل ذلك مع بقاء العين في يده بطل القراض؛ لأنه صار غاصبًا، وإن فعله مع انتقال المال إلى عروض مأذون فيها لم يبطل لاستقراره بالتصرف والشراء، قال ابن الرِّفْعَة: والذي أطلقه الإمام ومن وافقه من أن العقد قائم محمول على ما قاله الْمَاوَرْدِي، وفي كلامه ما يرشد إليه.

قلت: ويمكن حمل كلام الرَّافِعِي والمصنف عليه فإنهما صورا المسألة في استقراره بالمتاع والعروض للتجارة، وقال في «الروضة»: إن كان المتاع هناك لتكثر قيمة أو تساوت القيمتان صح البيع واستحق الربح بالإذن، وإن كان أقل قيمة لم يصح البيع إلا أن يكون النقص قدرًا يتغابن به، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي في هذا القسم الأخير: إن كان في البيع عرض مثل أن يكون

وَلَا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ حَضَرًا، وَكَذَا سَفَرًا فِي الْأَظْهَرِ، وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ

مؤنة الرد أكثر من قدر الخسارة أو كان يمكنه شراء سلعة بالثمن إذا ردها إلى البلد الأصلي ربح منها فله أن يبيع، وإن لم يكن قيمة عرض فلا؛ لأن المقصود الربح، وهذا البيع خسارة. انتهى.

لكنه لم ينص على ما إذا كان السفر بلا إذن بل أطلق.

قلت: والظاهر ولم أره نصًا أن عامل المحجور عليه إذا خان أو فسق انعزل بخلاف عامل المطلق التصرف.

قال: **(وَلَا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ حَضَرًا)** لأنه العرف.

(وَكَذَا سَفَرًا فِي الْأَظْهَرِ) كالحضر؛ ولأنه قد لا يربح إلا النفقة فيخل بمقصود العقد، والثاني: ينفق لأنه حبسه به عن التكسب، فأشبه الزوجة بخلاف الحاضر، ومن الأصحاب من جزم بهذا، ومنهم من جزم بالأول، قال في «الشامل» و«البحر»: وبه قال أكثر أصحابنا فعلى هذا لو شرطها فسد القراض على الأصح، وعلى الثاني: لا، لكن الأصح أنه يختص بما يريد بسبب السفر، وهل يجب أن يكون مقدار ما ينفق معلومًا مشروطًا في عقد القراض؟

قولان: أحدهما: يجب لأنه أدفع للجهالة.

قال الـمُزَنِي في «الجامع الكبير» والذي أحفظ أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وثمن ما يشتريه ليلبسه في عمله، والثاني: لا ينفذ؛ ولأنه قال هنا: وله النفقة بالمعروف ولم يقدر.

قال ابن سُرَيْج وأبو إسحاق: التقدير ضعيف، وقال أبو حامد: لا يلتفت ما حكى في «الجامع الكبير» ولعله خلاف الإجماع قاله في «البحر».

قال: ولا يلزم فيها أجرة الحمام والحجام وثمن الدواء، ولو أقام في سفره مدة انتظاره بيع مال القراض وقبض ثمنه فهو كالمسافر، وفروع هذا القول كثيرة، وما نقله الـمُزَنِي من التقدير حكاه في «الشامل» عن «الْبُوَيْطِي».

قال: **(وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ)** أي: يعتاده المتجر لنفسه أو يعتاده أمثاله من العمل حسب العرف كطي الثوب ونشره ووزن الخفيف كالنقد والمسك،

كَطَيِّ الثَّوْبِ وَوَزْنِ الْخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ لَا الْأَمْتِعَةِ الثَّقِيلَةِ، وَنَحْوِهِ، وَمَا لَا يَلْزَمُهُ لَهُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ،

وعبارة الدارمي: وعليه ما قدر عليه.

(**كَطَيِّ الثَّوْبِ**) فإن كثر الشراء من المال كان شرطاه على أحدهما لم يصح، وهذا يقيد ما أطلقه المصنف وغيره من قبل إن قطعه العامل التجارة وتوابعها كطي الثياب ونشرها، وإليه يشير قوله هنا ما يعتاد كطي ثوب.

(**وَوَزْنِ الْخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ**) ويظهر أن يقال: يعتبر فيما علمه عرفه ناحيته فإن عادات البلدان مختلفة.

قال: (**لَا الْأَمْتِعَةِ الثَّقِيلَةِ، وَنَحْوِهِ**) أي: كنقل المتاع من الخان إلى السوق وبالعكس، والنداء عليه؛ لأن العرف قاض بالاستئجار عليه.

قال: (**وَمَا لَا يَلْزَمُهُ لَهُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ**) أي: من مال القراض العرف فإن تولاه بنفسه أو بعبده فلا أجرة له، وما يلزمه له الاستئجار عليه لكن من ماله فلو شرط على المالك الاستئجار عليه من مال القراض ففي صحته وجهان في «كتاب المساقاة» من «النهاية» وسبق كلام الْمَاوَرْدِي في ذلك، قال الرَّافِعِي وغيره: وما يأخذه الفصدي من مال القراض.

قال الْمَاوَرْدِي: وكذا ما يأخذه أرباب الضراب، وهم المكتسبة، وعن القاضي الحسين أنه إن شرط الرهن والخفارة فيكون من مال القراض، والاقتراض عن عادة التجار.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ**) أن عند الأكثرين كما قاله في «المحرر».

(**أَنَّ الْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ**) لأنه لو ملكها لصار شريكًا حتى لو هلك شيء هلك المالان وليس كذلك بل الربح وما به لرأس المال، والثاني: يملكها بالظهور كرب المال كالمساقاة، وصححه الشيخ أبو حامد وأتباعه، وفي معنى القسمة إتلاف المالك، ويملك حصته أيضًا بنصوص المال، وإن لم يقسماه على الصحيح لكن إنما يستمر ملكه على الربح إذا كانت القسمة بعد فسخ العقد أو انفساخه، أما لو اقتسما بالتراضي قبل الفسخ لم يستقر

وَثِمَارُ الشَّجَرِ وَالنِّتَاجُ وَكَسْبُ الرَّقِيقِ وَالْمَهْرُ الْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا الْمَالِكُ، وَقِيلَ مَالُ قِرَاضٍ.

ملكه عنه فلو جعل بعد ذلك خسران خير بما أخذه من الربح.

قال: **(وَثِمَارُ الشَّجَرِ وَالنِّتَاجُ)** أي: الجاذبات بعد الشراء.

(وَكَسْبُ الرَّقِيقِ وَالْمَهْرُ الْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا الْمَالِكُ) والمال الحاصلة من مال القراض يفوز بها المالك؛ لأنها ليست من فوائد التجارة، وانتفاء في هذا الترجيح الْمُتَوَلِّي فإنه نسبه إلى عامة الأصحاب تفريعًا على أنه لا يملك إلا بالقسمة.

قال: **(وَقِيلَ مَالُ قِرَاضٍ)**؛ ولأنها حاصلة بسببه، وبهذا جزم الإمام وأتباعه وعزاه الإمام إلى الأصحاب في مهر الموطوءة بشبهة، وسياق كلامه يقتضي أنه متفق عليه، وعبارة «الشرح الصغير» تفهم ترجيحه، فإنه نقله عن الإمام والغزالي، ثم قال: وقيل: كذا، وهو حسن، وعبارة «الروضة» وأصلها وبسببه أن يكون أولى، وعلى هذا فهي من الربح.

وقيل: سائغة في الربح ورأس المال، ونقله الرَّافِعِي عن بعض أصحاب الإمام، وهو في «النهاية» وهذا يشعر بأن الإمام الرَّافِعِي لم يستقص النقل في المسألة، والعجب أن الشيخين جزما قبل هذا بأنه لو وطئ العامل جارية القراض فعليه جميع المهر، ويجعله في مال القراض، وهو جرى على طريقة الإمام.

فاعلم أن الرَّافِعِي عين من أمثلة المسألة ما إذا أجر العامل الدواب فإن له ذلك إذا رأى المصلحة فيه، وينبغي أن تكون الأجرة ما له قراض قطعًا؛ لأنه نوع تكسب، وإلا فلا يكون له ذلك، ولا تصح الإجارة، ولم يمثل الْمُتَوَلِّي بذلك، وليس كما لو وجب أجرتها بغصب ونحوه لظهور الفرق، وفي إطلاقه كسب الرقيق نظر أيضًا؛ لأنه شمل الصيد والاحتطاب والالتقاط وقبول الهبة والوصية، ولم أر من صرح بذلك، وينبغي أن تكون الهبة والوصية للمالك فقط تفريعًا على المذهب، ويجب الجزم به إذا لم يكن ظهر في المال ربح، وعبارة الإمام والغزالي: المنافع وبدلها إذا وجبت باستيفاء المنفعة عُدوانًا أو بإجارة من العامل

وَالنَّقْصُ الْحَاصِلُ بِالرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنْ الرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ، وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ أَوْ غَصْبٍ أَوْ سَرِقَةٍ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ فِي الْأَصَحِّ.

وجوزنا له الإيجار بالمصلحة وهذا حق على طريقتهما أن المنافع مال قراض.

قال: (**وَالنَّقْصُ الْحَاصِلُ بِالرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنْ الرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ**) لاقتضاء العرف ذلك، وكذا النقص الحاصل بالتعب والمرض الحادثين.

قال: (**وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ**) أي: سماوية (**أَوْ غَصْبٍ أَوْ سَرِقَةٍ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه نقص حصل في المال، فجبر بالربح كالنقص الحاصل، والثاني: لا؛ لأنه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته بخلاف الحاصل بالرخص.

قال في «البحر»: وهذا ليس بشيء؛ لأن المال قد دار في القراض، فما سلف أن يكون رأس المال، واعلم أن إجراء الوجهين في هذه الأمثلة طريقة ضعيفة، والمنقول في «الروضة» و«الشرحين» عن الجمهور أن التالف بآفة سماوية خسران يجبر جزمًا، وفي التالف بالغصب والسرقة وجهان، والفرق أن في الضمان الواجب ما يجيزه فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض، وطرد جماعة الوجهين في الآفة السماوية.

وقال ابن الرِّفْعَة إثر قول «التنبيه»: ولو اشترى عبدين، فتلف أحدهما المسألة هذا الخلاف حكاه القاضي الحسين قولين منصوصين في «أمالي» حرملة، ولا يخفى أنه مفرع على القول؛ لأنه إذا تلف أحد العبدين يعني: قبل التصرف فيه بتلف من رأس المال، وأما إذا قلنا بتلف الربح فهنا أولى، وما قاله حق.

قال: واعلم أن محل ما ذكرناه من كون التالف من رأس المال أو من الربح مفروض في تلفه بآفة سماوية، وأطلق به السرقة والغصب إذا تعذر أخذ البدل منهما. انتهى.

تنبيهات: احترز المصنف بقوله: «بعضه من تلف كله» فإنه إن حصل بآفة سماوية أو بإتلاف المالك ارتفع القراض، وإن أتلفه أجنبي كله أو بعضه أخذ

وَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ

لِكُلٍّ فَسْخُهُ.

ببدله، واستمر القراض فيه، وإن أتلفه العامل؟ قال الإمام: يرتفع القراض؛ لأنه وإن لزمه بدله فلا يدخل في ملك المالك لا بقبضه وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض، والمذكور في «التتمة» أن القراض لا ينفسخ بإتلاف العامل أيضًا، وهو المختار، وأبداه الرَّافِعِي بحثًا ويصادف إتلاف المالك فإن بإتلافه صار كالآفة، وإطلاق العامل والأجنبي مضمون بالبدل، فكان المال موجودان الخلاف السابق في الخبر في صورتي الغصب والسرقة هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف.

وقول المصنف: بعد تصرف العامل أي: بشراء وقيل: بشراء وبيع، وقال ابن الرِّفْعَة: المراد بالتصرف أن يشتري شيئًا لم يبيعه، ويتصرف في ثمنه، وفيه نظر، وقد قالوا: إنه لو اشترى بألفي القراض عبدين فتلف أحدهما تلف من الربح على المذهب.

قال: **(وَإِنْ تَلِفَ)** أي: بعض المال.

(قَبْلَ تَصَرُّفِهِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل، والثاني: من الربح؛ لأنه بقبض العامل صار مال قراض، وهذا رواه في «الشامل» عن تعليقه بعد نقله الأول عن الأصحاب، وعبارته في صورة الوجهين: ولو اشترى بألفي القراض عبدين بكل ألف عبد، فتلف أحدهما فوجهان: أحدهما: من الربح، والثاني: من رأس المال، هكذا قال أصحابنا، ثم حكى كلام الشيخ أبي حامد، وقوله: بكل ألف عبد يشعر بأنه موضع الوجهين بخلاف ما لو اشتراهما صفقة واحدة، ولم أره صريحًا.

قال: **(فَصْلٌ لِكُلٍّ فَسْخُهُ)** أي: متى شاء كسائر العقود الجائزة، ولا يحتاج فيه إلى حضور صاحبه ورضاه، وفي حكم قول المالك: فسخته، قوله: لا يتصرف بعد هذا، وكذلك استرجاع المال منه لا بيعه من اشتراه العامل

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ انْفَسَخَ.

وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ الِاسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا، ....

للقراض في الأصح، ويكون إعانة وفي طحن المالك الحنطة وجهان، ولو حبسه ومنعه التصرف أو قال: لا قراض يثبت، فوجهان، قال الشيخ: ينبغي أن يكون الأصح في الحبس عدم الانعزال، وفي الثانية: الانعزال.

إشارة: لو كان رب المال محجورًا عليه وحنطة من دوام القراض، ولو فسخه الولي لتعطل ماله، وأكلته الموت، أو خيف عليه من استيلاء ظالم لضعف الولي وقوة العامل فيشبه ألا يجوز للولي فسخه، والحالة هذه لما فيه من [الضرر] ولم أر فيه شيئًا.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ انْفَسَخَ**) أي: عقد القراض كالوكالة، وإذا مات المالك فللعامل البيع والتنصيص، وإن لم يأذن الوارث اكتفاء بإذن المورث بخلاف العكس؛ لأن المالك لم يرض بتصرفه، وقيل: لا يبيع العامل إلا بإذن الوارث والصحيح الأول.

إشارة: جزم المصنف بالانفساخ بإغماء أحدهما، وفيه ما سبق في الشركة والوكالة، والمختار أنه لا تنفسخ الوكالة بمطلق الإغماء، وهذا مثله، وسكوت جماعة هنا عن ذكر الإغماء يشعر بأنه ليس كالجنون، وعبارة الصيمري: وأيهما مات وجُن أو حجر عليه بسفه نظر.

قال: (**وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ الِاسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا**) استيفاء ديون التجارة، وذلك إن أذن له في البيع نسيئة أو باع نقدًا، ثم انفسخ القراض قبل توفير الثمن، وعلله الرَّافِعِي بأن الذي ملك ناقص، وقد أخذ منه ملكًا تامًا؛ فليرد كما أخذ، وقضية أنه إنما يلزمه استيفاء رأس المال فقط، وبه صرح ابن يونس في «محيطه» فقال: وإن انفسخ والمال دين فعليه أن يتقاضى بقدر رأس المال؛ ليعيده إليه، انتهى.

وهو ظاهر كلام «المهذب» وغيره، ويدل أنه تصريحهم بأنه في العروض لا يلزمه إلا بتنضيض رأس المال فقط مع إقسامهم مسألة الدين على مسألة

وَتَنْضِيضُ رَأْسِ الْمَالِ إنْ كَانَ عَرْضًا، وَقِيلَ لَا يَلْزَمُهُ التَّنْضِيضُ إذَا لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ.

العروض، وعبارة «البحر»: لأن مقتضاه رد رأس المال على صفته كما هو فإن عرضا يلزمه بيعه، وعن مرشد بن أبي عصرون: يلزمه استيفاء جميع الدين، وإن كان أزيد من رأس المال، وكأنه أخذه من إطلاق بعضهم أن عليه استيفاء الديون، وقيل: إذا لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاستيفاء إذا انفسخ كما عبر صاحب «المحيط» لأن حكم الفسخ والانفساخ في ذلك واحد.

قال: **(وَتَنْضِيضُ رَأْسِ الْمَالِ)** أي: ما بيده عند الفسخ.

(إنْ كَانَ عَرْضًا) وذلك ببيعه بالنقد ليرد كما أخذ، ولئلا يلزموا المالك مشقة أو مؤنة.

قلت: وكذلك الحكم لو كان بيده نقد لكنه من غير جنس رأس المال أو من جنسه، ولكنه من غير نوعه بأن كان الحاصل مكسرة ورأس المال صحاحًا مثلًا، ولا خفاء إن لزوم التنضيض فيتحتم.

قال: **(وَقِيلَ لَا يَلْزَمُهُ التَّنْضِيضُ إذَا لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ)** لأن عرض البيع إن يظهر ربح ليصل العامل إلى حقه، وإذا فقد وارتفع العقد لم يحسن تكليفه ذلك، والمذهب الأول.

تنبيهات وفروع:

منها: قال الإمام: الذي قطع به المحققون أن ما يلزمه بيعه وتنضيضهُ فهو قدر رأس المال، أما الزائد بعرض بين شريكين لا يلزم أحدهما بيعه.

قلت: ولا يقم من هذا إشارة إلى خلاف في تنضيض الجميع بل أشار إلى قوله آخر الفصل أن الزائد على قدر رأس المال كالعروض المشتركة من المواريث وغيرها، وفي القلب من هذا أدى نفيه أما إذا نض رأس المال، فلا يبقى عليه مطالبة بالتنضيض هذا لا سبيل إليه، فأما العامل فإذا قال: أبيع الكل، فلعل حقي يزيد بالبيع، فهذا فيه احتمال في الأظهر أنه لا يملك ذلك، والذي قطع به المحققون أنه لا طلب الخائنين عند تنضيض رأس المال، انتهى.

وفي «البحر»: أنه إذا باع مقدار رأس المال، وفصل فصل، قال ابن أبي

....

هريرة: إن تراضيا على قسمته اقتسما وإن أراد أحدهما بيعه أجيب إليه؛ لأن العرض قد يشترى جملة أكثر مما يشترى منفردًا.

وقال في «الإفصاح»: إن كان مما لا يختلف بالجمع والتفريق أن يجبر الممتنع وإلا أجبر لما ذكرناه. انتهى.وعلى فقه الإمام اقتصر الشيخان.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: لو كان البيع بقدر رأس المال فقط لا يمكن إلا بتنضيض القيمة كالعبد؛ فالذي يظهر وجوب بيع كله لما في التنضيض، انتهى.

وما قاله صحيح، وبناه على فقه الإمام أنه لا يلزم بيع ما زاد على رأس المال قطعًا وما ذكرناه عن أبي علي الطبري، وابن أبي هريرة ينازع في ذلك عند التنضيض بالتفريق، ويشهد لبحث ابن الرِّفْعَة.

ومنها: قال في «الروضة»: لو قال المالك: لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلين أو قال: أعطيك قدر نصيبك ناضًا ففي تمكين العامل بالبيع وجهان، وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع؛ لأنه إذا جاز للمعير أن يتملك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر فللمالك هنا أولى. انتهى.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: إذا فسخ القراض.

والحاصل سلعة لا يظهر الربح فيها؛ لأنه قد يجدُ راغبًا يزيد في ثمنها إلا أن يقول للعامل: أنا أعطيك القيمة بقول المقومين، فلا يكون للعامل البيع نص عليه، انتهى.

وزاد في «البحر» إن كان لا يرجو في ثمنه فضلًا منع من بيعه، وإن رجا لم يمنع، ولو بذل له المالك حصة من ربحه، وسفه بيعه، فوجهان يخرجان من قوله: في يد السيد قيمتها.

قال: ولو دعاه المالك إلى بيعه وامتنع إن كان امتناعه لغير بدل قيمة منه أجبر على بيعه، وإن كان وكالهيبة أجبر أيضًا على الأصح؛ لأن رد الأصل المال استحق عليه كما أخذ.

ومنها: ليس للعامل عند طلب المالك البيع بأجرة إلى موسم الرواج، خلافًا

وَلَوْ اسْتَرَدَّ الْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ رَجَعَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى الْبَاقِي، وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً، وَرَأْسَ مَالٍ مِثَالُهُ رَأْسُ الْمَالِ مِائَةٌ وَالرِّبْحُ عِشْرُونَ وَاسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَالرِّبْحُ سُدُسُ ....

لمالك نعم؛ الظاهر أنه لو لم يجد في شرائه إلا بثمن بخس أنه لا يرهن إلى بيعه به إن كان ثم ربح، ثم رأيت الدارمي قال: لا يجاب رب المال إلى بيعه ببخس، ولا العامل لكن العرف. انتهى. أي: يبيع في ذلك ما شهدا بالعرف.

ومنها: حيث قلنا للعامل البيع بعد الفسخ، يقال رب المال لا ربوية، قال الدارمي: فوجهان: أحدهما: لا يقبل إلا بنية، والثاني: يجعل مع يده يد.

قلت: ويشبه أن يكون الثاني أرجح؛ لأن الائتمان انقطع بالفسخ، ويحتمل أن يقال: إن كان ظاهر الأمانة لم يقبل، وإلا فيضل، ويقوى الجزم بالضم عند ظهور الجناية.

ومنها: ما يبيع به بطلب المالك، ودونه هو نقد البلد إن كان من جنس رأس المال وإلا باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد أو رأس المال، فإن باعه بنقد البلد حصل به رأس المال.

وقال الدارمي: يبيع بما أصل القراض منه من دراهم أو دنانير، وإن باع بغيره ولا غبطة فيه بيع، وإن كان فيه غبطة فهل يجبر المالك؟ على وجهين.

ومنها: إنما يلزم العامل رد مثل النقد المعقود عليه، وإن أبطله السلطان هذا ما صححه صاحبا «العدة» و«البيان» وأجاب به ابن الْقَطَّان في «درسه» وقال في درس آخر: فيه ثلاثة أوجه أحدها: هذا، والثاني: يرد من نقد الوقت، والثالث: ينقص القراض، ويكون الربح كله لرب المال، وللعامل أجرة المثل.

قال: (**وَلَوْ اسْتَرَدَّ الْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ رَجَعَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى الْبَاقِي**)؛ لأنه لم يدع في يده غيره.

قال: (**وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحًا، وَرَأْسَ مَالٍ**) أي: لعدم التمييز.

قال: (**مِثَالُهُ رَأْسُ الْمَالِ مِائَةٌ وَالرِّبْحُ عِشْرُونَ وَاسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَالرِّبْحُ سُدُسُ**

الْمَالِ فَيَكُونُ الْمُسْتَرَدُّ سُدُسَهُ مِنَ الرِّبْحِ فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ الْمَشْرُوطُ مِنْهُ وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ. وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ فَالْخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ، مِثَالُهُ الْمَالُ مِائَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَرُبْعُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ ....

الْمَالِ فَيَكُونُ الْمُسْتَرَدُّ سُدُسَهُ مِنَ الرِّبْحِ فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ الْمَشْرُوطُ مِنْهُ وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ) أي: فلا يجيز ما حصل بعد ذلك من خسران حتى لو انخفض السوق، وعاد ما في يده إلى ثمانين أخذ العامل منها إذا كان المشروط له نصف الربح درهمًا وثلثي درهم، ورد الباقي وهو ثمانية وسبعون وثلث، هكذا قاله الرَّافِعِي.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن طريقة العراقيين تقتضي انحصار المسترد في رأس المال، وقال: إن على قولنا بالإشاعة لا ينحصر نصيب العامل من ربح المسترد فيما بقي في يده ولا يتعلق حقه به، ولا يتقدم به عند إفلاس المالك؛ بل هو في عين المشترى على الإشاعة عند بقائه، وفي ذمة للمالك عند تلفه.

وقال: إن كلام «البسيط» يفهم عدم تعلق العامل في يده، وأن الرَّافِعِي جرى على ما في «البسيط» وتبعه في«الروضة» ولا فرق بين كون المسترد عرضًا بالقيمة أو نقدًا، ولا من أن يقصد الاسترداد من رأس المال أو لا، وأبدى وقفة فيما إذا كان المسترد نقدًا وقصد أخذه من رأس المال فقط، ولو كان استرداده باتفاقهما، فإن قصد الإشاعة فعلى ما قلناه، وإن قصد من الربح وحده أو من رأس المال وحده جاز، وإذا قصد الإشاعة فالأشبه أن نصيبه يكون فرضًا له على المالك لا هبةً، انتهى.

وفيما نسبه إلى «البسيط» ومعه يعرف حمله على ما في «الوسيط».

قال: **(وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ فَالْخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ)** أي: ويصير رأس المال والقدر الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

(مِثَالُهُ الْمَالُ مِائَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَرُبْعُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ

الْمُسْتَرَدِّ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ، وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ لَمْ أَرْبَحْ، أَوْ لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا، أَوْ اشْتَرَيْت هَذَا لِلْقِرَاضِ أَوْ لِي، أَوْ لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا،

الْمُسْتَرَدِّ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ) لأن حصة كل عشرين من الثمانين خمسة فما زاد على الخمسة والسبعين بعد ذلك يقسم بينهما ربحًا على ما شرطاه.

قال: **(وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ لَمْ أَرْبَحْ)** أي: شيئًا أصلًا.

(أَوْ لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا) عملًا بالأصل فيهما، ولأنه مؤتمن على ذلك ولا يعرف عند عدم البينة إلا منه فلو قال: ربحت كذا ثم ادعى غلطًا في حسابه أو أنه بان له عدم الربح، أو كذب لئلا يؤخذ المال منه لم يقبل منه، ثم إن ذكر شبهةً محتملةً هل يحلف له المالك أنه لا يعلم ذلك؟

فوجهان أرجحهما بل أصحهما: يحلف لما سيأتي إن شاء الله تعالى في الدعاوى.

ولو قال: خسرت بعد الربح الذي ذكرته؛ قبل منه عند الاحتمال بأن حدث كساد وإلا لم يقبل، قاله الْمُتَوَلِّي.

قلت: ولا ينحصر ذلك في عروض الكساد وإذا فسر الخسارة بتلف أو سرقة ونحوها وقد نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

قال: **(أَوْ قَالَ: اشْتَرَيْت هَذَا لِلْقِرَاضِ)** أي على المشهور ولأنه إذا علم بقصده، وفي قول: المصدق المالك أو الأصل عدم وقوعه للقراض، والظاهر أنه لا فرق بين أن يشير إلى شيء قائم أو هالك.

(أَوْ لِي) لما ذكرناه من أنه أعلم بنيته فلو أقام المالك بينةً على أنه اشتراه بمال القراض ففي الحكم بها وجهان: أصحهما في «الحاوي» و«البحر»: لا؛ لأنه قد يشتري به لنفسه متعديًا.

وقال الإمام: إذا اشترى العامل بعين مال القراض لعيب شبيه ووقع الشراء للقراض، ولعله أراد أنه لا يصدق في دعواه ذلك.

قال: **(أَوْ لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا)**؛ لأن الأصل عدم النهي وبقاء أمانته.

وَفِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ، وَدَعْوَى التَّلَفِ، وَكَذَا دَعْوَى الرَّدِّ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ لَهُ تَحَالَفَا، وَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ].

(وَفِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ) أي: للأصل أيضًا وهذا حيث لا ربح، فإن كان فهل يصدق المالك أو العامل أو يتحالفان؟ أوجه أصحها بأنها للمالك لما ذكرناه.

قال: **(وَدَعْوَى التَّلَفِ)** أي: كالمودع، فإن ذكر سببًا فسيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو قال: ربحت ألفًا ثم قال: كذبت خوفًا من نزعه المال مني لم يقبل، فلو قال بعد هذا: رددت المشترى بالعيب واسترجعت الثمن ثم تلف في يدي قُبِلَ منه؛ لأنه أمين ولا يخرج عن الأمانة بتلك الكذبة السابقة، وكذا لو قال بعدما ظهر كذبه في قوله: لم أربح فلم يقبل تلف في يدي قبل قوله: بيمينه نص عليه، وهذا إذا احتمل ذلك ولو لم يحتمل مثل أن يدعى قطع الطريق ولم يعرف الطريق قطع ونحو ذلك لا يقبل قوله.

قال: **(وَكَذَا دَعْوَى الرَّدِّ فِي الْأَصَحِّ)** وبه جزم المراوزة؛ لأن معطي العرض للمالك فأشبه المودع.

والثاني: لا؛ إلحاقًا له بالمرتهن وفرق الأول بأن انتفاع العامل بالعمل في العين لا بالعين بخلاف المرتهن.

قال الإمام: ولو كان بيده بعض مال القراض فادعى رد رأس المال مع حصة المالك من ربحه وهذه حصته فقياس المراوزة تصديقه بيمينه، وفيه إشكال!!

قال: **(وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ لَهُ تَحَالَفَا)** لأنهما اختلفا في عوض العقد مع اتفاقهما على مسمىً صحيح فأشبها المتبايعين والمتآجرين.

(وَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ) أي: ما بلغت.

وقيل: إن زادت على ما يديعه لم يجب له الزائد؛ لأنه لم يدعه.

قلت: ولو كان القراض لمحجور عليه وكانت أجرة المثل أكثر مما يدعيه العامل فالوجه أن يكون الحكم كما لو اختلف ولي الزوجة المحجورة مع

....

الزوج في مقدار المسمى كما هو مبين هناك ويأتي إن شاء الله تعالى فحيث قلنا: يتم بالتحالف فكذلك هاهنا، وإن قلنا: لا فلا.

تنبيهات: إنما قيدت موضع التحالف باتفاقهما على مسمى صحيح لأحترز به عما لو اختلف في صحته وفساده إن قال العامل: سميت لي نصف الربح مثلًا، فقال المالك: إنما سميت لك سهمًا غير مقدر فالظاهر جريان الخلاف السابق في دعوى الصحة والفساد، نعم لو قال: سميت لي نصف الربح فقال المالك: إلا عشرة مثلًا فيشبه أن المصدق هنا العامل إذ الأصل عدم هذا الاستثناء يبينه أن موضع التحالف في المسألة حيث لا قرينة تدل على صدق أحدهما إذ في «الشامل» وغيره عن ابن سُرَيْج فلا محالفة، وإنه لو دفع إليه ألفًا وقال: خذها تراضيا على النصف مثلًا صح وكان ذلك تقديرًا لنصيب العامل، فلو اختلفا فقال العامل: شرطه لي، فقال المالك: بل لنفسي صدق والعامل بيمينه؛ لأن الظاهر معه. ورأيت في «البيان» أن القول قول رب المال وهو سبق قلم من ناقل أو غيره، وأبدى ابن الرِّفْعَة احتمال وجهين في صحة العقد وفساده وقال: إن كلام سليم في «المجرد» يشير إليهما والأشبه الصحة، انتهى.

وفي كلام الرَّافِعِي ما يقتضي إثبات خلاف في الصحة والفساد، وذكر القاضيان الهروي وشريح الرُّويَانِي أنه لو دفع إلى رجل ألفًا ليتصرف فيها فربح ألفًا ثم اختلفا فقال القابض: كان مضاربةً بالنصف مثلًا، وقال رب المال: كان بضاعةً.

قال أبو علي الثقفي: القول قول الدافع، وقال أبو علي الزجاجي: القول قول القابض، وقال المحاملي: والرافعي في «الكبير» يتحالفان، انتهى.

وبالأول: جزم في «البحر» قال: ولا شيء للآخر، وهذا أرجح والأصل عدم ما ادعائه.

فروع منثورة نختم بها الباب:

قال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو أخذ مالًا قراضًا لا يمكنه القيام به

....

والتصرف فيه فتلف بعضه ضمنه؛ لأنه فرط بأخذه حين لا يمكنه القيام به، نص عليه أي: في «الْبُوَيْطِي» ولفظه: وإذا أخذ مالًا لا يقوى مثله على عمله فيه بيده فعمل فيه فضاع فهو ضامن؛ لأنه مضيع وعلى ذلك جرى الشيخ أبو حامد وغيره، ويجب طرده في الوكيل والمودع والوصي، والظاهر أنه لو كان القراض لغير الدافع دخل المال في ضمان العامل بمجرد أخذه، ولو خلط العامل ماله بمال رب المال أو بمالٍ فقارض آخر أو بمال آخر أخذه قراضًا ثابتًا في عقد بأن رب المال الأول صار متعديًا ضامنًا.

قال في «البحر»: لو قال العامل: اشتريت أو بعت صدق قولًا واحدًا، وقيل: قولان كالوكيل، والأول أظهر لو مات العامل ولم يفرق مال القراض فهو كالمودع لموت وعنده وديعة لم يعرف عينها قالوه في «الشامل» و«البيان» وغيرهما، ولابن الصلاح في فتاويه تفاصيل وتصرف يطول ذكره.

قال في «العدة» وغيرها: لو شرط للعامل نصف الربح ثم بعد أيام رده إلى ثلاثة أو أربعة لم يجز ما لم يفسخا ويحددا عقدًا آخر خلافًا لأبي حنيفة، وفي فتاوى الْبَغَوِي أنه لو قال المالك للعامل: إذا اشتريت عبدًا فطوقه لئلا يأبق فلم يفعل فأبق ضمن، وإنه لو أبق عبد القراض ونفقة رده على المالك إن لم يكن ربح، وكذا إن كان، وقلنا: إنما يملك العامل نصيبه بالقسمة فإن ملكناه بالظهور فعليهما.

قلت: يشبه أن يقال: إن أبق بتقصير العامل فعليه رده وإلا ففي مال القراض على القولين؛ لأنهما من مصالحه.

وفي «فتاوى الْغَزَالِي»: لا تتوجه الدعوى على ورثة عامل القراض وورثة المودع ما لم يدع رب المال أن ماله دخل تحت أيديهم في جملة التركة، أو يدعي أن المورث قد فرَّط فيه، والأصل عدم الأمرين فيجب تصديقهم بأيمانهم وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ

قال المصنف: [تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ، وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ.
وَمَوْرِدُهَا النَّخْلُ وَالْعِنَبُ، ....

قال الشارح: سميت بذلك؛ لأن السَّقي أنفع أعمالها وأهمها لا سيما بـ«الحجاز» فاشتق من اسم العقد، وقيل: سميت مساقاة؛ لأنها معاملة على ما يشرب ساقيةً. وقيل: إن موضع الشجر والنخل سمي سقيًا.

والأصل في جوازها قيل: اتفاق الصحابة والتابعين لما في الصحيحين: «أنه ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»[(١)] ومن جهة المعنى: أن المالك قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ لها ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك ذلك؛ فاحتاج إلى العمل والمالك الاستعمال، وشذَّ أبو حنيفة بمنعها ووافق على القراض وجوزها صاحباه.

قال: **(تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ)** لأنها معاملة على المال كالقراض وغيره.

(وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ)؛ للحاجة إليها كما تقدم، ولو قال: «المحجور عليه» لدخل السفيه ولينظر فيما لو كان المالك غائبًا منقطع الخبر ولم يساق الحاكم على نخله ولزمه التلف هل له ذلك كما يؤجر ملكه أو يبيعه كما سيأتي بيانه في الأقضية؟ القياس التجويز إذا كان ذلك هو الأحط له، وهل يصح من عامل القراض فيه بحيث إذا قلنا: المنافع مال قراض؟

قال: **(وَمَوْرِدُهَا النَّخْلُ وَالْعِنَبُ)** أما النخل فللحديث المتقدم، وأما العنب فقيل: إن الشَّافِعِي قاسه على النخل فجاء مع وجوب الزكاة وإمكان الخرص.

وقيل: أخذه من قوله ﷺ: «عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم»[(٢)].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٢٨) ومسلم (١٥٥١).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢/ ١٥٧).

وَجَوَّزَهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ.

ذكره الرُّويَانِي في «البحر»: ثم قال تبعًا للماوردي: والأول أشبه وعليه اقتصر الرَّافِعِي.

قال: (**وَجَوَّزَهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ**)؛ للحاجة كالنخل والعنب، وفي لفظ للدارقطني: «أنه ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر من النخيل والشجر»[1] ولهذا قال المصنف في «تصحيحه»[2]: إنه المختار.

قلت: وعليه اقتصر عمل الناس، وجزم صاحب «الخصال» من متقدمينا.

قال: وتجوز المساقاة على فحول النخل تابعة ومفردة، وأجرى ابن الْقَطَّان القولين في القصب وفي الخشب و[العنب].

قال: لأنه يؤخذ ما ينبت قطعًا ويبقى أصوله، وجزم الشيخان بالمنع، قالا: وفي أغصان الخلاف وجهان: وهما في «النهاية» و«البسيط» فيها، وفي ورق التوت، أي: الذي يربى به الدود؛ لأنها المقصود منه.

وقال في «البحر»: لا يجوز في هذه الأشياء بلا خلاف، ولا يصح على ما يجز مرارًا قطعًا، وقيل: وجهان، والمذهب المنع فيما عدا النخل والعنب.

فروع: على «الجديد» في جوازها على شجر المقل وجهان: صحح المنع وبالجواز أجاب ابن سُرَيْج.

وقال ابن القاص: وحكاه القاضي أبو الطيب عن النص؛ لأن ثمره كثمرة النخل في ظهوره، وإمكان الجز منه لو كان بين النخل شجر قليل.

قال الْمَاوَرْدِي والروياني: صحت المساقاة، وكان تبعًا كالمخابرة تصح تبعًا للمساقاة، وذكر الرَّافِعِي في جوازها تبعًا وجهين، وصحح الشيخ الجواز وإطلاقهما، وتشبيه ذلك بالمزارعة تبعًا يفهم أنه لا فرق بين أن يقل الشجر أو يكثر، فيحتمل أن المراد ما أورده القاضيان، ويؤيد الإطلاق الدارمي إن كان شجر خلا النخل والكرم لا يمكن سقيه إلا بسقي النخل جاز في القولين، نعم

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٧).

(٢) أي: كتاب: تصحيح التنبيه.

وَلَا تَصِحُّ الْمُخَابَرَةُ وَهِيَ عَمَلُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ، وَلَا الْمُزَارَعَةُ، وَهِيَ: هَذِهِ الْمُعَامَلَةُ، وَالْبَذْرَ مِنَ الْمَالِكِ.

يجيء ذلك الوجه في البياض الكثير وأولى المنع، وطرد جماعة الوجهين فيما لو كان بين النخيل أو العنب زرع أو بطيخ ونحوهما بشرط على القولين كون الشجر معينًا، فلا يصح على أحد الكرمين مثلًا وأن تكون مرتبةً قطعًا.

وقيل على قولي بيع الغرائب وزيف.

إشارة: لخص ابن الرِّفْعَة فيما يجوز المساقاة عليه ست مقالات.

قال: (**وَلَا تَصِحُّ الْمُخَابَرَةُ وَهِيَ عَمَلُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ، وَلَا الْمُزَارَعَةُ، وَهِيَ: هَذِهِ الْمُعَامَلَةُ، وَالْبَذْرَ مِنَ الْمَالِكِ**) أي: للنهي عنهما الأولى في «الصحيحين» من حديث جابر، والثانية في «صحيح مسلم» من حديث ثابت بن الضحاك، وأشار الشَّافِعِي إلى أن القياس التسوية بينهما وبين المساقاة لكن الشبه قريب بينهما.

فائدة: على المخابرة من الخبير وهو الأكار أو من الخبار وهي الأرض الرخوة أو من الخير وهو شرب الماء أو الزرع أو النصب أو من خيبر البلدة المعروفة، أقوال، والمزارعة مفاعلة من الزراعة، وقيل: من الزرع.

تنبيه: حكى في «الروضة» وجهًا أن المزارعة والمخابرة كمعنى، وأن الصحيح وظاهر النص أنهما عقدان مختلفان، وذكر فراقهما كما في «الكتاب».

ثم قال: هذا هو الصواب، وأما قول صاحب «البيان»: قال أكثر أصحابنا: هما بمعنى واحد، فلا يوافق عليه فنبهت عليه لئلا يغتر به.

قلت: قضية ما في الحليتين أن المذهب أنهما يعني وبه جزم الْمَاوَرْدِي وغيره، وهو قصة كلام الْبَنْدَنِيجِي والخطابي والقاضي أبو الطيب، ولم يذكره الجوهري وصاحب «المجمل» وغيره.

قال الْبَنْدَنِيجِي: لا يعرف في اللغة فرق بينهما، وقال الشَّافِعِي في «الأم»: بأن المزارعة إذا دفع رجل إلى رجل أرضًا بيضاء على أن يزرعها المدفوع إليه فأخرج منها شيء فله منه جزء من الأجزاء، فهذه المخالفة والمخابرة

....

والمزارعة التي نهى رسول الله ﷺ هذا بحروفه.

وقال الرُّويَانِي في «البحر» في باب المزارعة: اعلم أن المزارعة التي هي المخابرة باطلة، ونذكر صورتها، وقيل: إن الشَّافِعِي قال: لا أعرف في التمييز فرقًا بين المزارعة، وقال الماسرجسي: وقعت هذه المسألة ببغداد، وفرقت بين المزارعة والمخابرة، ثم دخل أصحابنا على صاحب «الإفصاح» فعرفه فأنكر، وقال: لا فرق بينهما.

فقلت: الدليل عليه أن الشَّافِعِي قال: والمخابرة واستكراء الأرض ببعض ما يخرج منها إلى آخره فحصَّل من الفرق بينهما قولين. انتهى.

فرع: المشهور بطلانها، وعن ابن سُرَيْج خلافه، قال في «الروضة»: وبجوازها قال من أكابر أصحابنا ابن خزيمة وابن المنذر.

وقال الخطابي: والمزارعة جائزة، وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار. قال الشيخ: والمختار جوازها. انتهى.

وكأنه فهم عن الخطابي الفرق، وإنما أراد النوعين.

قال: الذي عليه عمل المسلمين غالبًا المخابرة، وممن اختار جوازها الْمَاوَرْدِي في «الحاوي».

فرع: وقع إليه أرضه مزارعة، وتسلمها منه ثم عطلها، فإن زارعه على أن البذر من رب الأرض فلا شيء على المزارع لتعطيله الأرض، وإن كان قد شرط البذر من المزارع لزمه أجرة مدة التعطيل، وإن شرطا كون البذر منهما لزمه نصف الأرض فقط، وإن عمل في الأرض بعض العمل من كون الأرض وحرثها ثم ردها على صاحبها لم يستحق لعمله شيئًا إن الشرط أن البذر من الزارع، وإن كان على أن البذر من صاحب الأرض لزمه للمزارع أجرة مثل عمله، وإن كان على أن البذر منهما وجب له على صاحب الأرض نصف أجرة عمله، وعليه لصاحب الأرض كراء مثل نصف الأرض في المدة التي بقيت الأرض في يده، قاله ابن القاص تخريجًا كحصته من «البحر».

فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ صَحَّتْ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ، وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا وَأَنْ لَا يُقَدِّمَ الْمُزَارَعَةَ، ....

قال: **(فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ صَحَّتْ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ)** أي: لغير الإفراد ويداخله البستان وعليه حمل حديث: «معاملة أهل خيبر على شطر الثمر والزرع»[1].

قال: **(بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ)** أي: فلا يجوز مساقاة واحد، ومزارعة آخر؛ لأنه لا يحصل غرض الاستقلال.

(وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ، وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ) أي: لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها، وعبارة «الكافي»: ألا يمكن سقي الأرض دون سقي النخل انتهى.

فإن أمكن الإفراد لم تجز المزارعة على البياض لانتفاء الحاجة المجوزة إليها.

إشارات: عبارة «الروضة» و«الشرحين»: ويشترط تعذر إفراد النخل إلى آخره، وبين العبارتين فرق، والمراد باتحاد العامل ما ذكرناه لا بيع تعدده مطلقًا، واشتراط كونه فردًا، قال الدارمي: وتبين ما يزرعه فيها.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا)** أي: بين المساقاة والمزارعة التابعة بل يأتي بهما على اتصال لتحصل التبعية، والثاني: تصح المزارعة المنفصلة كحصولهما لشخص واحد هذا إذا كان بقي من مدة المساقاة ما يمكن الزرع فيه، فإن لم يبق منهما ما يمكن الزرع فيه لم يجز قاله الدارمي، وربما ذكر كلام بعض الأصحاب أن محل الوفاق إذا عقد عليهما عقدًا واحدًا.

قال: **(وَأَنْ لَا يُقَدِّمَ الْمُزَارَعَةَ)** أي: المساقاة لأنها تابعة والتابع لا يتقدم على متبوعه، والثاني: ينعقد موقوفة، فإن ساقاه بعدها بانت صحتها، وإلا فلا.

قلت: وكان المراد بعد هذا على الاتصال لا مطلقًا.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤/ ١٥٤).

وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنْ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخَابَرَ تَبَعًا لِلْمُسَاقَاةِ.

قال: **(وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ)** أي: بيع عسر الإفراد كقليله للحاجة، والثاني: لا إذ الأكثر متبوع لا تابع ثم الأصح من زيادات «الروضة» أن النظر في الكثرة إلى مساحة البياض ومغارس الشجر لا إلى زيادة النماء. انتهى.

وجنح في «البسيط» إلى ترجيح هذا، ولو استويا في المساحة أو مقدار النماء فوجهان في «النهاية» واعلم أنهما عبرا في حالة كثرة البياض بغير الإفراد، وفيما سبق لتعذر، وعبارة «التهذيب» هنا لأن الضرورة موجودة في الحالين، وقضيتها التسوية بينهما وهو نص «البحر» وغيره، أعني: إن تقدم إمكان إفراد النخل بالسقي شرط في الحالتين، وعبارة الدارمي: فإن كان النخل يسيرًا أو الكرم قال المروزي: لا يجوز، وقال غيره: يجوز، فإن أمكن سقي أحدهما دون صاحبه في جميع ذلك، فالصحيح: لا يجوز، وقيل: يجوز.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنْ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ)** أي: بل يجوز أن يشرط النصف من الثمر والربع من الزرع مثلًا لأنهما في «المغني» عقدان.

والثاني: يشترط التساوي إذ التفاضل يزيل الشفعة.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخَابَرَ تَبَعًا لِلْمُسَاقَاةِ)** إذ قصة خيبر وردت في المزارعة، وهي أشبه بالمساقاة؛ لأنه لا يتوظف فيها على العامل إلا العمل، والثاني: يجوز تبعًا للمساقاة كالمزارعة.

واعلم أن هذا الفقه مفرع على ما سلف من الفرق بين المزارعة والمخابرة، ومن جعلهما بمعنى لا يقول هذا؛ بل يجوز عقده بساقيتك على النخل وزارعتك وحايزتك في الأرض على كذا، هذا ما اقتضاه كلام الحاوي في «البحر» وتأمل قولَ الدارمي، فإن قال: ساقيتك على النخل والأرض أو زارعتك على الأرض بمثل النخل أو بأقل أو بأكثر صح والبذر على العامل، انتهى.

وأن الاستدلال بالمخبر مشكل؛ بل الظاهر أنهم كانوا مختارين لا ما لا

فَإِنْ أُفْرِدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ فَالْمُغَلُّ لِلْمَالِكِ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ وَدَوَابِّهِ وَآلَاتِهِ.

وَطَرِيقُ جَعْلِ الْغَلَّةِ لَهُمَا، وَلَا أُجْرَةَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ مِنْ الْأَرْضِ.

يعلم أنه ﷺ كان يعطيهم بذرًا؛ بل الظاهر أنهم كانوا يزرعون من أموالهم، ثم رأيت من قال ذلك.

فرع: قال في «البحر»: إذا جوزنا وعقدنا عليهما عقدًا واحدًا فهل يجب كون البذر لرب المال أو للعامل؟ وجهان يعني على هذا.

قال: وقيل البذر على من شرط عليه منهما ولذلك التعبير.

قال: (**فَإِنْ أُفْرِدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ فَالْمُغَلُّ لِلْمَالِكِ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ وَدَوَابِّهِ وَآلَاتِهِ**) عبارة «المحرر» الأرض وتنكير «المنهاج» أحسن لئلا يتوهم قصر ذلك على البياض المتخلل بين النخل ونحوه، وليس كذلك بل الأرض الفراغ كذلك، وإنما كان الحكم ما ذكره لبطلان العقد على المذهب، وعمله لا يحبط مجانًا، قال الرَّافِعِي: وإن كان البذر للعامل فالريع له وللمالك أجرة مثل الأرض عليه، وإن كان البذر بينهما فالريع بينهما، ولكل واحد منهما على الآخر أجرة مثل ما يصرف من المنافع المستحقة إلى جهة المزارعة.

قال: (**وَطَرِيقُ جَعْلِ الْغَلَّةِ لَهُمَا، وَلَا أُجْرَةَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ مِنْ الْأَرْضِ**) لجعل الغلة عليهما ولا أجرة.

طرق ذكر منها طريقتين، واللفظ المحرر قول «المحرر» في الأول ليزرع له نصف الأرض ويعره النصف الآخر، وهي عبارة «الروضة» و«الشرحين» وما أحسن قول صاحب «تهذيب المحرر» وأن يستأجر العامل بنصف البذر ليزرع له النصف ويعره نصف الأرض، أو يستأجره بنصف البذر، ونصف منفعة الأرض. انتهى.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ الثَّمَرِ بِهِمَا، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ بِالْجُزْئِيَّةِ كَالْقِرَاضِ، وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ الْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرِ ....

ولا بد في هذه الإجارات من رعاية الروية وتقدير المدة وغيرها من شروط الإجارة.

قال: (**فَصْلٌ يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ الثَّمَرِ بِهِمَا، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ بِالْجُزْئِيَّةِ كَالْقِرَاضِ**) هذه بعينها شروط الربح في عقد القراض، وقد مرَّ توجيهها فلو شرطا بعض الثمار لثالث فكما سبق، ولو قال: ساقيتك على أن كل الثمار لك أو كلها لي فسد ولا يستحق في الثانية أجرة على الأصح أنه عمل مجانًا، وقد يصح العقد في الأولى لغرض القيام بمصلحة الشجر، ولو قال: ساقيتك على أن لك جزءً من الثمار أو سهمًا أو نصيبًا فسد أو على أنها بيننا، أو على نصفها لك وسكت عن الباقي أو عكس، أو على أن ثمرة هذه النخلة أو النخلات لي أو لك والباقي بيننا أو على أن صاعًا من الثمرة لك أو لي والباقي بيننا فالكل على ما مرّ في القراض، ولو قال: ساقيتك على هذا سنة، ولم يذكر ما للعامل لم يصح على الصحيح كما تقدم.

فرع: لو قال: ساقيتك على النخل والأرض بالنصف لم يصح في الأرض؛ لأن المساقاة لا تتناولها، وصح في النخل، ويجب أن ينبني على تفريق الصفقة قاله في «البحر»، وتضمن كلام الدارمي المتقدم الصحة فيها.

فرع: قال الدارمي: إذا أخرج نخلًا من المساقاة صح، وإن سقاها بعد العقد عليها لم يصح، وكان الثمر لرب النخل، وللعامل الأجرة، انتهى.

وهذا الثاني مشكل، والأول قاله غيره، وفيه وقفة إن كان المخرج متخلل بين المعقود عليه لأنه يبيح العمل عليه مجانًا.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ الْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرِ**) لأنه أبعد من الغرر للوثوق بالثمار فهو أولى الجواز، والثاني: المنع لفوت بعض الأعمال، ولأن ما ظهر ملك المالك فشرط جزء منه للعامل كشرط جزء من النخل، وهذا ما

لَكِنْ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ.

صححه المحاملي، قال الْمَاوَرْدِي: وهو المشهور من مذهبه، والأصح على أصله؛ لأن علة الجواز عنده أن يعمله ما بين في جددت الثمرة كأن يعمل المضارب تأثيرًا في حصول الربح، فلو حصل الربح قبل العمل لم يكن له فيه حق، فكذا هنا. انتهى.

قال: (**لَكِنْ**) يعني القول بالصحة محله.

(**قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ**) أي: أما بعده فلا؛ لأنه فإن معظم الأعمال هذا أصح الطرق، وقيل بجريان القولين في الحالين ما لم يتناه النصح، وعبّر في «الروضة» عنه، والثاني القولان فيما لا يتناه نصحه فإن تناهى الجز قطعًا، وفيه ليس وقد يجز بأنهما مطلقًا، وكان الجواز مبني على أنه أجير لا شريك، وقيل: هما فيما بعد الصلاح أما قبله فيجوز قطعًا، وعليهما اقتصر الفوراني لكن حكى الخلاف وجهين، ويوافق هذه الطريقة قول الدارمي: إذا ساقى بعد بدو الصلاح، قال في «الجامع الكبير»: يجوز.

وقال المروزي: لا يجوز، أما قبل بدو الصلاح فصحيح. انتهى.

فائدة: قيل: القول الأول جديد، والثاني قديم، وقيل: عكسه، وقيل: جديدان، وهو أشبه ونقلا عن كتاب الْبُوَيْطِي والرافعي وغيرهما نقلا عنه المنع.

قال ابن الرِّفْعَة: وللخلاف انبعاث على الخلاف في أن العامل يملك حصته بالظهور أو بالقسمة.

فرع: إذا كان بين النخيل بياض تجوز المزارعة عليه تبعًا، فكأن فيه زرع موجود، ففي جواز المزارعة عليه وجهان بناء على هذين القولين.

وقال في «البحر»: قبل هذا الفرع، فلو كان بين النخيل زرع لرب النخيل كالموز والبطيخ وقصب السكر فساقاه على النخل والزرع معًا على أن يعمل فيهما بالنصف فوجهان أحدهما تجوز المساقاة في الزرع تبعًا للمساقاة في النخل كما تجوز المخابرة تبعًا للمساقاة، والثاني: لا يجوز، والفرق أن المساقاة على الزرع هي استحقاق بعض الأصل، والمخابرة على الأرض لا

وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيِّ الْمُسَاقَاةِ لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونَ الشَّجَرُ لَهُمَا لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ كَانَ مَغْرُوسًا وَشَرَطَ لَهُ جُزْءًا مِنْ الثَّمَرِ عَلَى الْعَمَلِ - فَإِنْ قُدِّرَ لَهُ مُدَّةٌ يُثْمِرُ فِيهَا غَالِبًا صَحَّ -، وَإِلَّا فَلَا، ....

يستحق فيها شيء من الأرض.

قال: (**وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيِّ الْمُسَاقَاةِ**) أي: وهو بكسر الدال المهملة وتشديد الياء: صغار النخل، ويسمى: الفسل.

(**لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونَ الشَّجَرُ لَهُمَا لَمْ يَجُزْ**) أي: كتسليم البذر في المزارعة، وكذلك الحكم لو قال: لتغرسه وتتعهده مدة كذا، والثمرة بيننا إذ لا تعلق، ولأن المساقاة إنما تكون على أصل ثابت، ولأنه لا حاجة إلى احتمال هذا الغرر، وقيل: يصح، وهو صورة الكتاب وهذه، وقيل: يصح في هذه فقط، وليس بشيء، فعلى المذهب للعامل أجرة مثل عمله إن توقفت الثمرة في المدة، وإلا فعلى الوجهين في شرط الكل للمالك، ومن صور الفساد لو ساقاه عليه إلى وقت يعلم أنه تثمر فيه على أن يكون بعض الثمرة وبعض الردئ قاله في «البحر».

قال: (**وَلَوْ كَانَ**) أي: الوَدِّي.

(**مَغْرُوسًا وَشَرَطَ لَهُ جُزْءًا مِنْ الثَّمَرِ عَلَى الْعَمَلِ، فَإِنْ قُدِّرَ لَهُ مُدَّةٌ يُثْمِرُ فِيهَا غَالِبًا صَحَّ**) أي: ولا يضر كون أكثر المدة لا يثمر فيها كما لو ساقاه عشر سنين والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة، ويجعل كالأشهر من السنة الواحدة، فإن لم تثمر حبط عمله كما لو قارضه فلم يربح أو ساقاه على مثمر فلم يثمر.

إشارة: ما جزم به من الصحة هو المشهور، وادعى الإمام وغيره الوفاق فيه، وقيل: هي باطلة ذكره الْمَاوَرْدِي والدارمي أيضًا، ويخرج مما سيأتي من نقل الشيخين.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن قدر بمدة لا يثمر فيها غالبًا لم يصح لعدم العوض كالمساقاة على ما لا يثمر، وحينئذ لا أجرة له على الأصح هذا إن كان عالمًا بأنها لا تثمر فيها فإن جهل استحق قطعًا، وقيل: يطرد الوجهان في الحالتين فحصل في الأجرة ثلاثة أوجه.

وَقِيلَ: إِنْ تَعَارَضَ الِاحْتِمَالَانِ صَحَّ.

وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ تَعَارَضَ الِاحْتِمَالَانِ**) أي: احتمال الإثمار وعدمه.

(**صَحَّ**) أي: كالقراض، ولأن الثمرة مرجوة فإن أثمرت استحق، وإلا فلا شيء له، والأصح المنع كالسلم فيما يحتمل وجوده في محله وعدمه فعلى هذا له أجرة المثل؛ لأنه عمل طامعًا، وما ذكره المصنف من الأقسام الثلاثة لتوقع الثمرة، قالا: هي طريقة الجمهور، وقيل: إن غلب وجودها صحَّ، وإلا فوجهان، وقيل: إن غلب عدمها لم يصح وإلا فوجهان. انتهى.

ونقل الدارمي في هذا القسم الثالث ثلاثة أوجه، فقال: وإن كان يجوز الأمران قال الطبري: يجوز، وقال ابن الْقَطَّان: إذا قال أهل المصر يجوز أو استوى عمله وعدمه فلا يجوز، وقيل: يجوز. انتهى.

إشارة: جميع ما سبق مبني على الصحيح [في المذهب] وجواز المساقاة أكثر من سنة.

قال: (**وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ**) أي: قلت الزيادة أمر كثرت كالأجنبي، فإن شرط له مثل مقدار نصيبه أو دونه لم يصح إذ لا غرض لاستحقاقه ذلك بالملك، فإن عمل فلا أجرة له على الأصح، وإن شرط له كل الثمرة فسد، والأصح أن له الأجرة هنا، وقال الإمام: إن علم فساد العقد لم يستحقها وإلا فوجهان.

قلت: وهذا تساهل والذي في النهاية إذ لا تبرع، قال الشارح بعد أن نقل الوجهين كما سبق: وإن أصحهما أنه يستحق؛ لأنه عمل يستحق الثمرة، فإذا لم نسلم له بحكم الفساد استحق أجرة المثل، والثاني: لا يستحق شيئًا؛ لأنه عمل لنفسه في الثمار، ومن عمل على هذا القصد لم يستحق أجرة المثل، ثم قال: وعندي أنه إن علم المساقي، وقد شرط له جميع الثمار أن المساقاة فاسدة، فالظاهر أنه لا يستحق أجرة المثل؛ لأنه ضامن في العمل على علم بأنه لا يستحق الثمار فلم يكن عاملًا لهُ لنفسه. انتهى لفظه وعبر في «البسيط»

فَصْلٌ

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَشْرِطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا.

وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ وَبِالْيَدِ فِي الْحَدِيقَةِ، وَمَعْرِفَةُ الْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ الْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ،

عما أبداه إمامه، ولعل هذا الخلاف يظهر عند ظن الصحة فأما مع العلم بالفساد فنعلم أنه يعمل لغيره. انتهى.

فصل

قال: (**وَيُشْتَرَطُ**) أي: لصحة المساقاة (**أَنْ لَا يَشْرِطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا**) أي: التي جرت عادة العامل بعملها؛ لأنه اشتراط عقد في عقد.

(**وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ وَبِالْيَدِ**) أي: فلو شرطا أو أحدهما مشاركة المالك له، فسد وإن شرطا أن يعمل معه غلامه تبعًا جاز على المذهب والمنصوص، وقيل: وجهان كالقراض.

وقال: (**فِي الْحَدِيقَةِ**) أي: ليتمكن من العمل متى شاء، فلو شرط كونها بيدهما أو بيدهما لم يجز.

(**وَمَعْرِفَةُ الْعَمَلِ**) أي: ومن شروط الصحة معرفة العمل والمدة دون التغيير والتفصيل (**بِتَقْدِيرِ الْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ**) إلى المدة تبقى فيها العين للاستغلال، وأقل مدتها ما تطلع فيه الثمرة، ويستغنى عن العمل؛ لأنها من العقود اللازمة فأشبهت الإجارة.

فرع: المشهور أن إطلاق السنة في الآجال منزل على الهلالية، وذكر شُرَيْح في «روضته» في الإجارة أنه إذا أطلق هل يصح ويصرف إلى الهلالية أو لا يصح وينصرف إلى العددية؟ ثلاثة أوجه عن رواية جده، قال: وعندي إن كان العرف هنا إلى الهلال انصرف إليه أو العددي انصرف إليه، فإن جرى العرف بهما انصرف إلى الأغلب، فإن استويا لم تصح الإجارة وسيأتي بيانه.

فرع: ساقاه سنتين فهل يجب بيان حصته كل سنة أو يكفي ساقيتك بالنصف لاستحقاق كل سنة؟ فيه قولان أو وجهان لإجارة، وقيل: يجب هنا

وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ فِي الْأَصَحِّ.

قطعًا، ولو قارن بين الجزء المشروط في السنتين لم يضر على المذهب، وقول الأكثرين ووقع في «الروضة»: لم يصح على المذهب، وهو سبق قلم أو تبع فيه بعض نسخ الأصل السقيمة إذ فيها: لم يجز، والصواب: لم يضر.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لجهالته بالتقدم تارة والتأخير تارة هذا ما رجحه الجمهور وقطع به جماعة، والثاني: يجوز؛ لأنه المقصود وصححه الْغَزَالِي، فعلى الأول قالوا: لو أدركت الثمار والمدة باقية لزم العامل أن يعمل تلك البقية ولا أجرة له، وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهد إلى الإدراك، وإن جذت الطلع بعد المدة فلا حق للعامل فيه. انتهى، أي ويضع بقية في المدة هكذا قاله الْبَغَوِي.

وقال صاحب «الانتصار»: إذا انقضت المدة وعلى الشجر طلع فمؤنة السقي والحفظ عليهما، ولا يلزم العامل لسقيها أجرة، وأما جذذت الطلع بعد المدة ففي «الحاوي» و«البحر» أنها إذا طلعت بعد انقضاء المدة أن الصحيح من المذهب أن العامل شريك والثمرة بينهما؛ لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكها، ولا يلزمه العمل بعد انقضاء المدة إلا فيما يختص بالثمرة من التأبير والتلقيح.

ومن أصحابنا من قال: العامل أجير، فعلى هذا لا حق له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة بل له أجرة المثل، فالخلاف مبني على أنه شريك أو أجير، كما أشار إليه الْمَاوَرْدِي، والمذهب أنه شريك وفوه كلامه يشير إلى أن هذا فيما إذا كان العقد على عام واحد ثم صرح بعد هذا بأنه لو ساقاه عشر سنين فأطعلت ثمرة السنة العاشرة بعد نقضها لم يكن له فيها حق، ولو أطلعت قبل انقضاء السنة ولم يبدو صلاحها بل هي تعد طلع أو بلح كان له حقه منها لحدوثها في ملكه.

فإن قيل: إنه أجير فعليه أخذها طلعًا أو بلحًا، وإن يك شريك كان له إبقاؤها إلى بدو الصلاح، وتناهي الثمرة. انتهى.

وَصِيغَتُهَا: سَاقَيْتُك عَلَى هَذَا النَّخْلِ بِكَذَا أَوْ سَلَّمْته إلَيْك لِتَتَعَهَّدَهُ، ....

فإن كان ما أطلقه الْبَغَوِي أخذه من قول صاحب «المهذب» وغيره، وإن شاء ساقاه عشر سنين فانقضت المدة، ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق؛ لأنها جذت بعد انقضاء المدة، ففيه نظر، وإن ساعده تعليلهم لأن هذا لم يحبط عمله بل أخذ عليه عوضًا مما قبل العاشرة بخلاف العامل على مقام الجذ، ويحتمل أن يقال: ما بان بالأجرة أن التقدير وقع بمدة لا يحصل الإثمار فيها فيحكم بفساد العقد، والثمرة للمالك وللعامل أجرة مثله سواء جعلناه شريكًا أم أجيرًا فتأمله.

فائدة: لو كان النخيل المعقود عليه مما يثمر في العام مرتين، فأطلع المرة الأولى قبل انقضاء المدة، والثانية بعدها، فهل يقال: يفوز بها المالك أو يكون العامل شريكًا له فيها؛ لأنها ثمرة عام؟ لم أر فيه شيئًا، وقد سبق له نظائر في بيع الثمرة وغيرها، وفي الزكاة، وهذا إنما يجيء على طريقة الْمَاوَرْدِي لا ما ذكراه والبغوي.

قال: **(وَصِيغَتُهَا: سَاقَيْتُك عَلَى هَذَا النَّخْلِ بِكَذَا أَوْ سَلَّمْته إلَيْك لِتَتَعَهَّدَهُ)**: ساقيتك على النخل بكذا أو سلمته إليك لتتعهده، أما لفظ: ساقيتك فصريح بلا شك، وأما سلمته إليك، فالظاهر أنها كناية، ولهذا قال بعض الأصحاب: فلا ينعقد إلا بلفظ المساقاة.

وقال الجرجاني في «التحرير»: ولا ينعقد إلا بلفظ المساقاة أو المعاملة والذي عليه الجمهور انعقادها بلفظ المساقاة، وبكل لفظ يؤدي معناها كسلمته إليك، واعمل على هذا النخل، وتعهد نخيلي فكذا قال الرَّافِعِي: وما قالوه يجوز أن يكون تفريعًا على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية، ويجوز أن يكون ذهابًا إلى أن هذه الألفاظ صريحة.

قلت: والأقرب الأول، ويؤيده قول الْمَاوَرْدِي، وغيره لو قال: عاملتك عليها على الشطر من ثمرها، فوجهان من اختلاف أصحابنا في انعقاد البيع وغيره بلفظ التملك، قال في «المطلب» ويأتي الخلاف في قوله: سلمت إليك لتتعهده، وفي «البيان» عن المسعودي: أنه عد من الصيغ: اسق نخلي ذلك بنصف ثمره،

وَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ الْأَعْمَالِ، وَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى الْعُرْفِ الْغَالِبِ.

وَعَلَى الْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلَاحِ الثَّمَرِ وَاسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَسَقْيٍ وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ وَتَلْقِيحٍ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ

وهو في «الإبانة» وفيه أفتى بأن ذلك إذا صحت العبارة على السقي فقط.

إشارات: عبارة الكتاب توهم حصر الصيغة فيما ذكره، وليس بمراد فينعقد بإشارة الأخرس المفهمة وكتابته، وأما مكاتبة الناطق فالأشبه أنها هنا على ما سبق في البيع، ولم أر فيه نصًا، قال الشيخ: ويجيء هنا الوجه المكتفي في العقود بالتراضي والمعاطاة، وكذا في القراض وغيره.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ**) أي: قطعًا كالإجارة وغيرها، ولا يجيء الوجه السابق في الفرائض بصيغة الأمر خاصة للزوم المساقاة دون القراض.

قال: (**دُونَ تَفْصِيلِ الْأَعْمَالِ**) أي: فإنه لا يشترط التعرض له.

(**وَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى الْعُرْفِ الْغَالِبِ**) أي: على الصحيح إذ المرجع في مثل هذا إلى العرف، وقيل: يشترط تفصيلها؛ لأن العرف كاد يضطرب، وهذا إذا عرف العاقد أن العرف المحمول عليه الإطلاق، فإن جهلاه أو أحدهما وجب التفصيل لا محالة.

واعلم أن عبارة «الروضة» وأصلها وإذا عقد بلفظ المساقاة، فالصحيح أنه لا يشترط تفصيل الأعمال، وهي تقتضي أنه إذا عقد بغيرها أنه لا بدَّ من التفصيل قطعًا، وأصله قول الإمام وإذا عقد بلفظ المساقاة لا يشترط تفصيل الأعمال، فإن قال: خذها وتعهدها، لم يصح إلا بتفصيل الأعمال، وإن قال: عاملتك عليها بكذا، ففي التفصيل تردد واحتمال وتابعه الْغَزَالِي وغيره، وكلام غيره ساكت عن ذلك.

[قال]: (**وَعَلَى الْعَامِلِ**) أي: عند الإطلاق حيث يصححه.

(**مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلَاحِ الثَّمَرِ وَاسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَسَقْيٍ وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ وَتَلْقِيحٍ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ**

مُضِرَّةٍ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ ....

مُضِرَّةٍ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ) أي: أخذ بالعرف في هذه الأمور كلها إذ هو المراد، وإنما هو اعتبر التكرار؛ لأن ما لا يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة، وتكليف العامل مثل هذا إجحاف به، وأفهم ساقه الاتفاق على ذلك، وليس كذلك، ويتضح العرض بأمور: أولها: السقي إطلاقًا وجوبه عليه، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء، وفتح رأس الساقية، وسدها عند السقي، وقضية كلامهما، وصريح كلام غيرهما أنه لو شرط السقي على المالك بطل العقد كما صرح به في «البحر» وغيره.

وقال الْمَاوَرْدِي: السقي وقطع الحشيش المضر بالنخل مما يعود نفعها إلى النخل والثمر معًا، فإن كان مما لا يصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا شرب بعروقه من النخل فهو على العامل يستحق عليه من غير شرط، وإن كان مما يشرب بعروقه كنخل البصرة فهو وغيره من الشروط التي تكون من هذا الحسن على ثلاثة أوجه: أحدها: أنها على العامل والشرط فيه تأكيد لما فيه من صلاح النخل، وزيادة الثمن، والثاني: أنها على رب النخل واشتراطها على العامل يبطل العقد؛ لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة، والثالث: يجوز اشتراطها على كل واحد منهما، وإن أغفل لم يلزم واحدًا منهما، أما العامل فإنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأمارات النخل، فلأنه لا يجبر على تميز ماله.

وقال أبو إسحاق: إذا أهمل أمر هذا العمل في العقد، ولم يتشرط على واحدٍ منهما لم يصح العقد، و[أفتى الْغَزَالِي بأن] أحدهما: أولى من الآخر. انتهى.

وفي أول المساقاة في «مختصر الْبُوَيْطِي» قال الشَّافِعِي: أصل المساقاة أن يكون على الرجل السقي والعمل، فإن اشترط الداخل على رب الأرض السقي فلا بأس والحجة في ذلك أنه يجوز على النخل الفعل. انتهى، وبه جزم الدارمي حكمًا وتعليلًا.

الثاني: تنقية النهر والبئر من الحمأة.

وَكَذَا حِفْظُ الثَّمَرِ وَجِذَاذُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي الْأَصَحِّ ....

قالا: وفي تنقية النهر وجه ضعيف: أنها على المالك، ووجه: أنها على من شرطت عليه منهما، فإن لم يذكراها فسد العقد، هذا لفظ «الروضة».

وقال الدارمي: إن احتاج النهر إلى كراء والبئر إلى تنقية ففي «مختصر الربيع» أنه على المالك وشرطه على العامل يفسدها وفي قول الـمُزَنِي إيهام أنها على العامل، انتهى.

وهكذا عكس ما رجحاه إلا أن يريد بالكراء والتنقية ما يحصل بالانهيار ونحوه.

الثالث: إصلاح الأجاجين: وهي ما يحوط حول الغرس ليثبت فيه الماء، يشبه الإجانة التي يغسل فيها، وقول المصنف وتلقيح أي: بفعله وإنما الطلع الذي يلقح به فعلى المالك؛ لأنه غير مال وإنما على العامل العمل والتلقيح وصنع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث، وقد يستغنى عنه في بعض النخيل بأن يكون تحت ريح الذكر فتكتفي بحمل الهواء ريحه إليها، والحشيش اليابس من الكلأ فقط وأطلقه بعض اللغويين على الرطب وهو عرف العوام، وقوله وتعريش أي: إصلاح العرش في البلاد التي جرت العادة فيها بطرح الكروم على العريش، قال الْمُتَوَلِّي: ونصب الأقصاب فيما يكون على القصب، وذكر هو وغيره أشياء مما على العمل يطول ذكرها والضابط أن معظمها يتسلمها.

قال: (**وَكَذَا حِفْظُ الثَّمَرِ وَجِذَاذُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أما إيجاب الحفظ من الآدمي فالقياس على مال القراض، فإن لم يتحفظ بنفسه فعليه مؤنة من يحفظه، وجعل الرَّافِعِي الوجه الثاني فيه أنه عليهما، ولفظه: وأقيسهما أنه على المالك والعامل جميعًا بحسب اشتراكهما في الثمرة، وهذا الآن الذي يجب على العامل ما يتعلق باستزادة الثمار وتنميتها. انتهى.

وكذا يجب على العامل حفظها من الطيور والزنابير بأن يجعل كل عنقود في قوصرة على الأصح عند جريان العادة به، فالقوصرة على المالك، قاله في «الروضة»، والذي حكاه في «البسيط» عن الأصحاب في الحفظ من رأس وجهين متقابلين، وهو قضية كلام غيره، وأبداهما القاضي الحسين: أحدهما:

وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الْأَصْلِ، وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَبِنَاءِ الْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ فَعَلَى الْمَالِكِ.

على المالك، والثاني: على العامل.

وفي «البيان»: وفي حفظ الثمرة على النخيل وفي الحرس، وجهان: أحدهما: وهو قول الشيخ أبي حامد والمسعودي أنه لا يجب على العامل، وهو المنصوص، والثاني: وهو قول ابن الصلاح والصيمري يجب عليه. انتهى.

وهذا منه يفهم أن المذهب المنصوص أنه لا يلزم العامل الحفظ الذي يقوي أنه لا يلزمه إذا لم يتحفظ بنفسه لكثرته أو كثرة السراق أن يكتري عليه من ماله؛ بل على المالك تقويته.

وقال الإمام: عليه الحفظ مادام في البستان قطعًا، وإنما يظهر التردد فيه إذا كان يعمل نهارًا ويتركه ليلًا، فإذا ما دامت يده عليها فعليه بذل الجهد وحفظها، وهذا حسن وأما جذاذه فالذي أورده الجمهور ونص عليه في «الْبُوَيْطِي» أنه على العامل، ويضمر كلام «البحر» فيه فعلى طريقين المذهب هذا، وأفتى [القائم].

قال: وقال بعض أصحابنا في اللقاط والجذاذ، وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: لا يلزم العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بغيره. انتهى.

وأما التجفيف: فقال الرَّافِعِي: إن في الذمم طرد الوجهين في الجذاذ فيه، والظاهر وجوبه إذا طردت العادة به أو شرطاه، وإذا وجب التجفيف وجب تهيئة موضع التجفيف وتسويته، ويسمى البيدر والجرين[1] ونقل الثمار إليه وتقليبها في الشمس من وجه إلى وجه. انتهى.

وأشار إلى الطريقين في التجفيف، والمذهب القطع بوجوبه وهو المنصوص.

قال: **(وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الْأَصْلِ، وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَبِنَاءِ الْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ فَعَلَى الْمَالِكِ)**؛ لأنه العرف وقوله: «جديد» يفهم أنه لو طم النهر

---

(١) هو موضع لتجفيف الثمر.

....

القديم مثل سيل أو أنهار أو ترابه فطمسه أنه على العامل، وفيه نظر!

قال في «البحر»: قال الْقَفَّال: ومن جملة فعل العامل تنقية البئر والنهر من الحمأة التي فيه لا من تراب آخر طرح فيه فطمسه، وعبارة الرَّافِعِي: وأما ما يتكرر في كل سنة ويقصد به حفظ الأصل فمن وظيفة المالك، وذلك كحفر الأنهار والآبار الجديدة والتي انهارت (وبناء الحيطان) ونصب الأبواب والدولاب ونحوها، وفي ردم الثلم اليسيرة التي تبقى في الجدران وجهان، كما في تنقية الأنهار والأشبه اتباع العرف، وكذا في وضع الشوك على رؤوس الجدران وجهان، وآلات العمل كالفأس والمعول والمنجل والمسحاة والثيران والعدان في المزارعة، والثور الذي يدير الدولاب العظمى فيها وجه أنها على من شرطت عليه منهما، ولا يجوز السكوت عنهما، وهذا ما أورده السرخسي في «الأمالي».

ويحكى عن أبي إسحاق: وخراج الأرض الخراجية على المالك، وكذلك كل عين تتلف في العمل بلا خلاف. انتهى.

وفي «البيان»: قال الشيخ أبو حامد: المنجل الذي يقطع به الشوك من السعف على العامل.

تنبيهات: منها: قالا: كل ما وجب على العامل فله استئجار المالك عليه، ويجيء فيه وجه، ولو شرط على المالك في العقد بطل العقد، وكذا ما على المالك لو شرط على العامل بطل العقد ولو فعله العامل بإذن المالك استحق الأجرة. انتهى.

وفي استحقاقه الأجرة لمجرد الإذن نظر، وكأنه بمنزلة أمره بعض دينه [لا غسل] مؤنة ونحوها، وأما ما قبل هذا مما على العامل فقد سبق نص «الْبُوَيْطِي» في السقي وذكرنا كلام الأئمة فيه مع أنه مما على العامل.

ومنها: قالا: وجميع ما ذكرناه تفريع على الأصح الصحيح في أن تفصيل الأعمال لا تجب في العقد، فإن أوجبناه فالمنع الشرط إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط معتبرًا بمقتضى العقد.

فَصْلٌ

وَالْمُسَاقَاةُ لَازِمَةٌ. فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ، ....

ومنها: المذهب القطع بأن العامل يملك حصته بالظهور.

وقيل: قولان كالقراض، وفرق بأن الربح فيه وقاية بخلاف الثمر، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان أن العامل لو قطف الثمرة خضراء قبل أن تبلغ كان متعديًا، ولا شيء له منها. انتهى.

وكأنه مفرع على أنه لا يملك نصيبه إلا بالقسمة.

فصل

قال: (**وَالْمُسَاقَاةُ لَازِمَةٌ**) أي: كالإجارة بخلاف القراض والجعالة.

(**فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ**) تجوز المساقاة على الذمة قطعًا، وعلى العين على الأصح.

قال: وإن أكثر هذه الأحكام الآتية تجري في الحالين، وإن كان ابن الرِّفْعَة صورها فيما إذا كانت على الذمة، ولا يثبت للمالك بمجرد هرب العامل حق الفسخ، وقال الفوراني: يثبت وليس بخلاف على إن كانت في الذمة لم يفسخ بمجرد الهرب قطعًا أو على العين فله الفسخ قطعًا، وكلام الفوراني محمول عليه واستحقاق العامل إذا تبرع المالك بالإتمام متفق عليه، والظاهر أنه لا فرق بين كونهما على العين أو على الذمة، ونبه الإمام هنا على نظر، وهو أنه لو حصل نظر أغنى عن السقي ونحوه من الأعمال، فإن حصل الاستغناء عن الأعمال أو مطعمها فلا شك أن هذا يؤثر، يعني فلا يستحق ما شرط له على العمل، وإن كان قدرًا ما فيها فيستحق، وهذا حسن؛ لأن العامل في هذه الحالة سيء، ولا من متبرع عمل عنه، وقياس ما قاله الإمام أنه لو تبرع أجنبي على المالك دون العامل أو قصد المالك العمل في ملكه نفسه لا التبرع على العامل هو يقول إن العامل لا يستحق كما في الصورة التي قالها الإمام، وكما قالوه في الجعالة إذا تبرع أجنبي على المالك، أو يقول

وَإِلَّا اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ، ....

باستحقاق هنا؛ لأن المساقاة لازمة والعمل واجب على العامل بخلاف الجعالة، فحيث وقع عنه والأقرب الأول، فعليه إذا عمل المالك ثم اختلفا في قصد التبرع، فالذي يظهر بتصديق المالك بيمينه.

وقال الْمَاوَرْدِي: أو ظهرت الثمرة بعد اللزوم، وقبل العمل إن كان بعد القبض استحق، وإن كان قبله، فإن قلنا: إنه شريك استحق كالأجير، فلا، وما قاله الإمام والماوردي [عند التعذر] لَا الْهَرَبِ، وإنما ذكرنا بينهما لتعلقه بها، انتهى.

وفيما ذكره من القياس في قصد المالك العمل في ملكه أو الأجنبي التبرع عليه نظر إذا كان العامل حاضرًا أو لا للعمل؛ إذ لا يزيد مالك، حرمان عامل إلا تلقفه، وعمل بنفسه أو بغيره بخلاف مسألة الإمام، فإنها آفة سماوية.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يتبرع المالك بإتمام العمل عن العامل.

قال شارح: ولا وجد متبرع يوثق به.

قال: وجد وجاء من غير طلب لزم المالك تمكينه، أو يسقط حقه؛ لأن النائب له الاستئجار، والحاكم على الغائب والمتبرع كالأجير.

قلت: وقد يقال: إن هذا كالمتبرع بقضاء دين أجنبي فلا يلزم المالك قبوله للمنة، وقد قالوا: لو تبرع غرماء المفلس بأداء ثمن السلعة من غير أموالهم لا يلزم المالك القبول.

قال: **(اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ)** أي: إذا دفع المالك أو من ينوب عنه الأمر إليه، وأثبت المساقاة والهرب حينئذٍ إن أمكن الإنفاذ إليه أنفذ الحاكم، فإذا جاء أجيره وإلا استأجر عليه من يتم العمل، ولو امتنع وهو حاضر فكذلك، ولو عجز عن العمل بمرض ونحوه فكذلك قاله الْبُوَيْطِي نفسه، وقاله الرَّافِعِي، وحمله ابن الرِّفْعَة على ما إذا كان بجنون ونحوه مما سلب القدرة وفيه نظر؛ لأن المجنون مولى عليه، والظاهر أن المراد إذا كان المرض ونحوه لا يسلب؛ ولكن امتنع معه مباشرة الاستئجار، فيقوم الحاكم مقامه لئلا

فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ فَلْيُشْهِدْ عَلَى الْإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ.

وَلَوْ مَاتَ وَخَلَّفَ تَرِكَةً أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا، ....

يتأخر حق المالك، وهذا الاستئجار ثابت في إجارة الذمة بلا شك؛ لأنه كالدين، فأما إذا كانت المساقاة على عينه.

قال شارح: فالذي يظهر أن المالك متمكن من الفسخ، فلا يحسن الاستئجار؛ لأنه يصرف عن غائب فلا يصار إليه إلا بضرورة، وأفتى القاضي يقال: إن تمكن المالك من الفسخ حق له المطالبة بالعمل حق له، فلا منع، ويستأجر عنه؛ لئلا يتمكن العامل من إيقاف العمل إلى الفسخ؛ انتهى.

وقد نقل الشيخان عن الْمُتَوَلِّي وأقراه أنه إذا كانت المساقاة على عين العامل فليس له أن يستنيب ويعامل غيره، ولو فعل انفسخت المساقاة بتركه العمل، وكانت الثمار كلها للمالك ولا شيء للعامل الأول، وقد يوجه من هذا امتناع استئجار عليه مطلقًا.

إشارة: استئجار الحاكم عليه يكون من ماله إن وجد، وإلا افترض عليه إن لم يجد من يوصي بأجرة مؤجلة، والقرض من بيت المال، وإلا فمن الإجاد أو المالك.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ**) أي: المالك.

(**عَلَى الْحَاكِمِ فَلْيُشْهِدْ عَلَى الْإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ**) أي: لأنه المتيسر، فإن لم يشهد فلا رجوع لأن تركه دليل على تبرعه، فلو لم يمكنه الإشهاد لم يرجع على الأصح؛ لأنه بادر، وقيل: يرجع وإن أمكنه الإشهاد، وقيل: لا يرجع إن أشهد لئلا يصير حاكمًا لنفسه، ثم الإشهاد المعتبر أن يشهد على العمل والاستئجار وبذل الأجرة بشرط الرجوع، فإن لم يذكر الرجوع فكأنه لم يشهد، ولو أنفق بإذن الحاكم ليرجع، فوجهان صحح ابن الرِّفْعَة الجواز.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ**) أي: العامل.

(**وَخَلَّفَ تَرِكَةً أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا**)؛ لأنه حق وجب على مورثه فيؤدى في تركته كغيره، وهذا مفرع على الصحيح أنها لا تنفسخ بالموت كالإجارة،

وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ الْعَمَلَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ.

وَلَوْ ثَبَتَ خِيَانَةُ عَامِلٍ ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ، ....

وقيل: تنفسخ، والخلاف في الوارث فإن كانت على العين انفسخت بموته.

قال: **(وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ)** أي: **(الْعَمَلَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ)** أي: إن شاء ولا يجبر على الأداء من التركة، وقيل: يجبر على الإتمام، وإن لم تكن تركة؛ لأنه خليفته، وليس بشيء.

إشارات: إنما يلزم المالك تمكين الوارث من العمل بنفسه إذا كان أمينًا مهتديًا إلى أعمال المساقاة، ينبغي أن يكون محل الانفساخ من العينية ما إذا مات في أثناء العمل الذي هو عهدة المساقاة، أما لو مات بعد بدو الصلاح في الثمرة أو بعده ولم يبق إلا التجفيف ونحوه فلا، ويحتمل أن يفرق بين ما قبل ظهور الثمرة وما بعده، وإن ينبني على أنه شريك أو أجير، فإن قلنا: شريك، وهو المذهب فلا، فإن قلت: الشركة تنفسخ بالموت.

قلت: صحيح، لكن الثمرة تبقى مشتركة، ثم رأيتهم قالوا: متى يقدر إتمام العمل فإن لم تخرج الثمرة بعد فللمالك الفسخ، وقيل: لا بل يساقي الحاكم عن العامل، فربما فصل له شيء قاله ابن أبي هريرة.

قال: وينبغي أنه إن كانت المساقاة على العين فله الفسخ قطعًا، أو على الذمة فالحق قول ابن أبي هريرة إلا إن لا تمكن المساقاة فيصح.

فرع: لو امتنع الوارث من الاستئجار من التركة استأجر الحاكم منها، قالا: وإن لم يخلف تركة لم يستقرض الحاكم على الميت بخلاف الحي إذا هرب.

قلت: الأشبه أنه لو كانت الثمرة قد ظهرت، وأمنت العاهة وكان الحال يقتضي أنه لو اقترض لعمل شيء لغريم أو يتيم ونحوه أقرض على الثمرة عملًا بالأصلح.

قال: **(وَلَوْ ثَبَتَ خِيَانَةُ عَامِلٍ)** أي: بإقرار أو بينة أو يمين مردودة.

(ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ) لأنه مستحق للعمل، ويمكن استيقاف شبيه في الطريق فيتعين سلوكه وأجرته عليه على المذهب، وقيل: عليهما، وأفتى القاضي يفهم

فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ أُسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِ الْعَامِلِ.

وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا فَلِلْعَامِلِ عَلَى الْمُسَاقِي أُجْرَةُ الْمِثْلِ].

إذا لم تثبت خيانة فلا ضم، وفي «الوسيط»: أنها إذا لم تثبت تكون أجرة المشرف على المالك، واستشكلاه، وقالا: ينبغي ألا يتمكن المالك منه لما فيه من إبطال الاستقلال باليد. انتهى.

وما ذكره صرح به إمامه وكذا القاضي الحسين لكن عند «الغنية» والإمام رآه احتياطًا، وكأنه رقيب وليس فيه إبطال استقلاله باليد، ورأيت في «البسيط» قال: قبل أجرة الرقيب على من؟ قلنا: هذا فيه إشكال من حيث إن منشأ الحاجة خيانته، إلا أنه يزعم أنه لا يجوز في المستقبل، ولو صرح بأني أخون متى وجدت فرصة تزال يده لا محالة، والأظهر أنها على العامل إن قامت بينة على خيانته، وإن لم تقم بينة فعلى المالك. انتهى لفظه.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ)** أي: الرقيب.

(أُسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِ الْعَامِلِ) لتعذر استيفاء ما وجب عليه منه، وإمكانه بهذا الطريق، وفي قول: يستأجر عنه ابتداء مَن يعمل عنه، وحمله الجمهور، وعلى هذين الحالين المذكورين، وقيل: فيه قولان أحدهما يستأجر عليه مَن يعمل عنه، والثاني: يضم إليه أمين يشرف عليه، وقال الْمَاوَرْدِي والروياني: ليس باختلاف قول في الحكم، وإنما هو مردود إلى احتمال الحاكم ليحكم بما يراه من هذين الأمرين، وكلًا منهما جائز، انتهى.

وإزالة يده في الحالة الثانية إن كان العمل في الذمة واضح، وإن كان على عينه فمشكل، وينبغي أن يقال: يثبت للمالك الخيار كما لو تعينت العين المستأجرة أو ظهرت [. . . . . . .] بين أنه ليس للساقي على عينه أن يثبت.

قال: [الْمُتَوَلِّي فلو فعل انفسخت] المساقاة بتركه العمل، وكانت الثمار كلها للمالك، نعم لو تراضيا على الاستنابة، فسيأتي في الإجارة عن الشيخ أبي محمد ما يقتضي الجواز، وهو غريب.

قال: **(وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا فَلِلْعَامِلِ عَلَى الْمُسَاقِي أُجْرَةُ الْمِثْلِ)** أي:

....

على الصحيح كالأجير الغاصب على عمل في المغصوب، وقيل: لا أجرة له كما لو تلفت بجائحة، وتفاريع المسألة مشهورة فيما يتعلق بالتغريم، وقرار الضمان وغيرهما، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الإجَارَةِ

قال المصنف: [شَرْطُهُمَا كَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ.

وَالصِّيغَةُ آجَرْتُك هَذَا أَوْ أَكْرَيْتُكَ أَوْ مَلَّكْتُك مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا ....

قال الشارح: المشهور كسر الهمزة، وحُكي بضمها، وقيل: ضمها، وقيل: الضم اسم للمأجور، وحكي فيها الفتح، وهي مشتقة من الأجر، وهو عوض العمل.

وهي في الشرع: عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل، والإباحة بعوض معلوم، وأورد في هذا الضبط للجعالة على عمل معلوم كما سيأتي؛ فالمساقاة على ثمرة موجودة والأصل فيها على الإجماع الصحابة والتابعين.

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ﴾ [القصص: ٢٦] إلى آخر القصة، وقوله: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: ٧٧]. ومن السنة ما لا يحصى منها: «أنه ﷺ وأبا بكر رضي الله عنه استأجرا رجلًا من بني الديل»[١] رواه البخاري (٢١٤٤). ومن جهة المعنى أن الضرورة داعية إليها كما هي إلى بيع الأعيان وشرائها، ولا التفات إلى شذ فمنعها، وهذا نقل الأئمة الإجماع فيها.

قال: (**شَرْطُهُمَا كَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ**) أي: من البلوغ والاختيار، وغيرهما فما سبق هناك؛ لأنها بيع، وقد سبق ما عسى يستثنى من إطلاقه.

قال: (**وَالصِّيغَةُ آجَرْتُك هَذَا أَوْ أَكْرَيْتُكَ أَوْ مَلَّكْتُك مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا**) كأنه أراد التصريح وفي ملكتك وجه، والثاني [بلَفْظِ الْقَابِلِ والتشبيه][٢] بالكنايات كالبيع وبالاستجياب والإيجاب وبإشارات وأفتى بالمكاتبة كالبيع على ما مرَّ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٤٤).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٩/ ٣٦٦).

فَيَقُولُ: قَبِلْت أَوْ اسْتَأْجَرْت أَوْ اكْتَرَيْت، وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ: آجَرْتُك مَنْفَعَتَهَا، وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ: بِعْتُك مَنْفَعَتَهَا.

وَهِيَ قِسْمَانِ: وَارِدَةٌ عَلَى عَيْنٍ كَإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ، وَعَلَى الذِّمَّةِ كَاسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً.

وَلَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُك لِتَعْمَلَ كَذَا فَإِجَارَةُ عَيْنٍ، وَقِيلَ ذِمَّةٍ.

قال: **(فَيَقُولُ)** أي: على الاتصال المعهود: **(قَبِلْت أَوْ اسْتَأْجَرْت أَوْ اكْتَرَيْت)**؛ لأنها بيع فلا بد فيه من إيجاب وقبول، ويجيء في المعاطاة ما سبق، وبالاكتفاء بها هنا جزم أبو الحسن الكرجي -بالجيم- [(١)] وصورتها: أن يتفقا على شيء ثم يتقابضا عقبه بلا عقد.

قال: **(وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ: آجَرْتُك مَنْفَعَتَهَا)** كما لو قال: أجرتكها ويكون ذكر المنفعة ضربًا من التأكيد، كقول البائع: بعتك غير هذه الدار، أو أفنيتها، وبهذا جزم جماعة والثاني: المنع؛ لأن لفظ الإجارة وضع مضافًا إلى العين، وبه جزم القاضي الحسين والإمام والغزالي وصححه في «الكافي».

قال: **(وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ: بِعْتُك مَنْفَعَتَهَا)** لأن البيع موضوع لتملك الأعيان لا المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة، والثاني: الجواز، وهو قول ابن سُرَيْج، وبه جزم في «التنبيه» وهو مقتضى كلام العراقيين، والأصح المختار اعتبارًا بالمعنى، فإن الإجارة بيع المنافع.

قال: **(وَهِيَ قِسْمَانِ: وَارِدَةٌ عَلَى عَيْنٍ كَإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ وَعَلَى الذِّمَّةِ كَاسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً)** أي: مثلًا، وذكر هذا التقسيم لما يترتب عليه من الأحكام الآتية.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُك لِتَعْمَلَ كَذَا فَإِجَارَةُ عَيْنٍ)** الإضافة إلى المخاطب، كقوله: هذه الدابة أو العبد.

(وَقِيلَ ذِمَّةٍ): لأن المقصود العمل من جهة المخاطب، فكأنه قال:

---

(١) يقال: الكرخي، صاحب كتاب: «الذَّرائِع إلَى عِلْمِ الشَّرَائِعِ».

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ تَسْلِيمُ الْأُجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا، وَيَجُوزُ فِيهَا التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَعَجَّلَتْ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً مُلِكَتْ فِي الْحَالِ.

استحققت مني كذا، وصححه القاضي الحسين، وعليه [إجارة] عين إذا قال: استأجرت عليك بكذا [أو اكتريت كذا][1] أمسك.

فرع: قالا: هنا ولو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب على أن تخيطه بنفسك لم يصح لجمعه بين العين والذمة، وفيه تصور، وقالا في الحج: لو قال ألزمت ذمتك الحج بنفسك لم تجز الاستنابة، قاله الْبَغَوِي وغيره.

وقال الإمام: تبطل الإجارة، ويشبه أن ما أورده هنا طريقة الإمام.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ تَسْلِيمُ الْأُجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ)** أي: كرأس مال التسليم لأنها سلم في المنافع، فلا يجوز فيها تأجيل، ولا تستبدل عنها ولا بحال بها، ولا عليها، ولا الإبراء منها، ولا يضر كونها جزافًا على المذهب، هذا إذا عقد بلفظ السلم، وكذا إذا عقدت بلفظ الإجارة على الأصح اعتبارًا بالمعنى لا اللفظ.

قال في «البحر»: قال القاضي الطبري: نص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» على أنه سلف ثم قال: ولا يجوز أن ينفذه بعض الكراء حتى ينفذه كله، وهذا نص يسقط الوجه الآخر.

قال: **(وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا)** كبيع العين.

(وَيَجُوزُ فِيهَا التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ) أي: كالثمن والأعيان لا تؤجل.

(وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَعَجَّلَتْ) أي: وملكها المؤجر بالعقد، واستحق استيفاؤها بتسليمه العين، فإن تنازعا في البداء وكما مرّ في البيع قاله الْمُتَوَلِّي.

قال: **(وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً مُلِكَتْ فِي الْحَالِ)** أي: كالثمن المعين وتجيء

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٩/ ٣٧١).

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْأُجْرَةِ مَعْلُومَةً فَلَا تَصِحُّ بِالْعِمَارَةِ وَالْعَلْفِ وَلَا لِيَسْلُخَ بِالْجِلْدِ وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقًا بِبَعْضِهِ فِي الْحَالِ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ.

البداءة ما سبق فيه وهل ملكها ملكًا مستقرًا أو صراعًا قولان يظهر أثرهما في الانفساخ في أثناء المدة.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْأُجْرَةِ مَعْلُومَةً)** أي: كالثمن في البيع.

(فَلَا تَصِحُّ بِالْعِمَارَةِ وَالْعَلْفِ) أي: بإسكان اللام.

(وَلَا لِيَسْلُخَ بِالْجِلْدِ وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ) أورده القاضي الحسين، وورد النهي عن قفيز الطحان [وَفُسِّرَ بِأَنْ يَجْعَلَ أُجْرَةَ الطَّحْنِ لِحَبٍّ مَعْلُومٍ][1] قفيزًا مطحونًا، ولما فيه من عدم القدرة على التسليم في الحال .

إشارة: يخرج بقوله: معلومة الحج بالرزق كما أشرت إليه في كتاب الحج، وكذا هنا من «الغنية» مع زيادة فائدة، ويصح كون الأجرة جزافًا على المذهب كما سبق، ومن أمثلة الجهالة والفساد أن يستأجره ليفسخ هذا العمل أو يرد الآبق أو يجني الثمار أو لترضع الرقيق ونحوها؛ لأنه بحكم العقد يعمل لنفسه، ويستأجره، والضابط أن يجعل الأجرة سببًا مما يحصل بعمله.

قال: **(وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقًا بِبَعْضِهِ فِي الْحَالِ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ)**، أي: ولا أثر أي: لكون عمله يقع في مشترك كمساقاة شريكه، وهذا ما ادعى الرَّافِعِي أنه ظاهر المذهب، وأن الإمام والغزالي نقلا عن الأصحاب المنع، لكن الشَّافِعِي رضي الله عنه قال في «الأم» قبيل كتاب الصلح: ولا يجوز أن كون أجيرًا على شيء هو شريك فيه، وذلك مثل أن يقول اطحن لي هذه الوقية ولك منها ربعها، وما أشبه ذلك، وهذا النص بإطلاقه يقتضي المنع واستعماله لفظ الوقية يدل على أنه قاله المصر، وحينئذٍ يحتمل أن يقال: ظاهر المذهب المنع لا الجواز، والتحقيق أنه إن كان الاستئجار على الجميع لم يجز، وإن كان حصة

---

(١) انظر: نهاية المحتاج (١٧/ ٢٥٣).

وَكَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مُتَقَوِّمَةً، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ عَلَى كَلِمَةٍ لَا تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَتْ السِّلْعَةَ، ....

المستأجر فقط جاز، ويحتمل النص على إرادة الجميع، قاله بعض الشارحين.

تنبيه: قوله في الحال احتراز عما لو استأجرها ببعضه بعد الفطام، فإنه لا يصح قطعًا، واستأجره [. . . في الحال كما في الرضيع وما استأجره على حصة. . . .][1] ببعضه، فإن كان مما يصح بيعه وتسليمه جاز شرطه، وإلا فلا .

قال: (**وَكَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مُتَقَوِّمَةً**) أي: لشيوع بذل المال في مقابلتها، وإلا كان سفهًا وتبذيرًا، (**فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ عَلَى كَلِمَةٍ لَا تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَتْ السِّلْعَةَ**) إذ لا قيمة لها، ثم قالا عقب هذا: قال الإمام محمد بن يحيى: هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد كالخبز واللحم فأما النبات والعبيد وما يختلف قدر الثمن باختلاف المتعاقدين فيختص بيعها من البياع لمزيد منفعة وفائدة فيجوز الاستئجار عليه، وأقراه، وجزم به ابن الرِّفْعَة لكن الرَّافِعِي لم يذكره في «شرحه الصغير» فاستقر بإعراضه عنه، وما أحسب الكلمة فبديل الكلمات اليسيرة كالكلمة، ولهذا قيل: وما استدركه ابن يحيى ليس الأجرة فيه على مجرد الكلمة بل عليها، وعلى المساومة والمماكسة.

قال ابن الرِّفْعَة: ومحل الصحة إذا كان البيع من غير معين، فإن كان من معين لم يصح، وإن حصل فيه بعيب إذ قد لا تشتري المعيب، لكن ذكر الرُّويَانِي أنه لو استأجره لشراء ثوب بعينه جاز، قال: ولعله فيما إذا عرف من حال مالكه البيع. انتهى.

وما ذكره أولًا مستمد من شيء أبداه ابن الصباغ وتبعه الْمُتَوَلِّي والشيخان، والصحيح خلافه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

تتمات:

أولها: قالا في «الشرحين» و«الروضة»: وإذا لم يجز الاستئجار ولم يبعث

---

(١) غير واضح في الأصل، ونحوه في «تحفة المحتاج» (٢٤/ ٢٨٨) ما نصه: لَوْ اسْتَأْجَرَهَا بِبَعْضِهِ بَعْدَ الْفِطَامِ مَثَلًا فَلَا يَصِحُّ قَطْعًا لِمَا مَرَّ أَنَّ الْأُجْرَةَ الْمُعَيَّنَةَ لَا تُؤَجَّلُ وَلِلْجَهْلِ بِهَا إذْ ذَاكَ.

....

البياع فلا شيء له إن تعب بكثرة التردد أو كثرة الكلام في أمر المعاملة فله أجرة ذكره القاضي الحسين وفيه نظر! انتهى.

وذلك أن يقول: إن عقد الإجارة عن نيف، وأفتى الْعِمْرَانِي تروج السلعة ونحوها ولا تعب فيه كما صوراه، فينبغي ألا تستحق أجرة، وإن تعب بالتردد وغيره؛ لأنه غير معقود عليه فهو متبرع به أو يجيء في استحقاقه الأجرة الخلاف الآتي في مسألة العسال ونحوها، وإن كان قد استأجرك على بيع هذا بكذا، فهذه مسألة أخرى، وإن قال: بعه وأنا أرضيك أو أعطيك أجرتك فإجارة فاسدة، وله أجرة لا محالة لكنها مسألة أخرى.

ثانيها: عند الإمام والغزالي من صور هذا الشرط استئجار التفاحة للشم، قال الرَّافِعِي: نفقتها وتبعه المصنف وغيره فإن كثر فالوجه الصحة، وما ذكره ضعيف، وليس ذكر التفاحة مقيد، وتعليل الإمام يدل على المنع مطلقًا، وهو الصحيح، وقد رأيت التصريح بأنه لا يصح استئجار التفاح للشم كلام جماعة من الأصحاب، قال شارح «مختصر الجويني»: كل عين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ويبذل المالك عرفًا في مقابلتها نحو إجارتها فلا يجوز استئجار التفاح والرياحين. انتهى.

وخصه بالمنع بالرياحين وجه حكاه جماعة، وليس من «غرائب كفاية» الجاجرمي كما زعمه بعض الشارحين.

ثالثها: في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو استأجره ليعلمه شيئًا يسيرًا من القرآن فإن كان حفظه مرة أو مرتين لم يجز، وفي «الإحياء»: لَا يَجُوزُ أَخْذُ عِوَضٍ عَلَى كَلِمَةٍ يَقُولُهَا طَبِيبٌ عَلَى دَوَاءٍ يَنْفَرِدُ بِمَعْرِفَتِهِ إِذْ لَا مَشَقَّةَ عَلَيْهِ فِي التَّلَفُّظِ بِهِ، وَعِلْمُهُ بِهِ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى غَيْرِهِ فَلَيْسَ مِمَّا يُقَابَلُ بِعِوَضٍ بِخِلَافِ مَا لَوْ عَرَفَ الصَّيْقَلُ الْمَاهِرُ إِزَالَةَ اعْوِجَاجِ السَّيْفِ وَالْمِرْآةِ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَهُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَلَيْهَا وَإِنْ كَثُرَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الصِّنَاعَاتِ يَتْعَبُ فِي تَعَلُّمِهَا لِيَكْتَسِبَ بِهَا وَيُخَفِّفَ عَنْ نَفْسِهِ كَثْرَةَ التَّعَبِ، وَأَفْتَى الْبَغَوِي بِأَنَّ الِاسْتِئْجَارَ لَا يَصِحُّ، والمختار ما قاله الْغَزَالِي.

وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّزْيِينِ، وَكَلْبٌ لِلصَّيْدِ فِي الْأَصَحِّ.

وَكَوْنُ الْمُؤَجِّرِ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِهَا، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ

قال: **(وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّزْيِينِ، وَكَلْبٌ لِلصَّيْدِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: أو حراسة في الأصح، أي: في الكل؛ لأن منفعة التزيين لا تقصد غالبًا، ولا يبدل المال في مقابلتها فكأن لا منفعة، وأما الكلاب فلا قيمة لأعيانها فكذا منافعها، والثاني: الصحة؛ لأنها منافع تستباح بالإعارة، فاستحقت بالإجارة كغيرها، وقد يكون ذلك على أن العقود عليه العين أو المنفعة لا غير فيصبح على الثاني دون الأول، واختار الإمام الرُّويَانِي وابن أبي عصرون جواز استئجار الكلب المنتفع به خلافًا للجمهور، ولا يجري الخلاف في صور كثيرة ذكرت منها طرف في «الغنية».

إشارة: قوله: للتزيين يفهم أنه لو أطلق لم يصح قطعًا.

قال: **(وَكَوْنُ الْمُؤَجِّرِ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِهَا)** أي: شرعًا وحسيًا.

(فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ) أي: لغير غاصبه كالبيع فيهما، ولم يذكروا هنا إجارته للقادر على انتزاعه كما في بيعه، ويجوز التسوية بينهما أو يفرق بين أن يقدر على انتزاعه عقب العقد أو بعد مدة، ويجب أن تصح إيجار الآبق لمن ظفر به كبيعه منه.

فرع: قال في «البحر»: لو استأجره ليشتري له ثوبًا بعينه أو يبيعه صحت إجارته، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وهو يثبت عند أصحها من قال: لا يجوز للشراء، ويجوز للبيع، وأشار إلى ابن الصباغ والقاضي الحسين أو معللًا بأن رغبة مالكه في البيع غير مظنونة صنف وأفتى بالتفصيل، وتبع الْمُتَوَلِّي الشيخين، وقد رأيت الْمُتَوَلِّي يجزم باحتمالات ابن الصباغ و«التتمة» محشوة من «الشامل» وتعليله غير مطرد فكثير من الملاك رغبتهم في البيع ظاهرة بل معلومة كالتجار وأرباب السلع المعروضة للبيع والعقار والرقيق والدواب بأيدي الدلالين.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو استأجره شيئًا معينًا يصح، ويستحق المسمى وبالجملة فالصحيح المختار الصحة.

وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ، وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا دَائِمٌ، وَلَا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ، وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ، وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثُّلُوجِ الْمُجْتَمِعَةِ، وَالْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ**) أي: إجارة عين، وهذا فيما إذا استؤجر ناطورًا ونحوه كالأخرس للتعلم، أما لو استؤجر لحفظ شيء شمل يده عليه فالوجه الصحة، وكذا لو استؤجر للجلوس خلف باب للحراسة ليلًا، وكهذا عبارة بعضهم: وأعمى للحفظ بالبصر.

قال: (**وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا دَائِمٌ، وَلَا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ**) أي: ولا في معناه من النداوة وماء الثلوج ونحوها، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل نادر أمكن زرعها؛ لأنها منفعة غير مقدور عليها، ولا يكفي إمكان الحصول كما لا يكفي إمكان عود الآبق والمغصوب.

قال الرُّويَانِي: المكري أنا أحفر لك بئرًا وأسقي أرضك منها، أو أسوق إليها من موضع آخر تصح الإجارة. انتهى.

فرع: لو قال مع قوله للزراعة: لا ماء لها فإطلاق الجمهور يقتضي البطلان لذكره الزراعة، وكلام الجوري يصرح بالصحة لذكر علمه الماء، قيل: وينبغي أن مصلحة فيه وَلَا مَاءٍ لَهَا غَالِبٌ فَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ، إِنْ أَمْكَنَ إِحْدَاثُ مَاءٍ لَهَا بِحَفْرِ بِئْرٍ أَوْ نَهْرٍ صَحَّ أَوْ تَوَقَّعَهُ مِنْ نَحْوِ مَطَرٍ نَادِرٍ فَلَا وذكره عدم الماء يراه المؤجر من التزامه، وإن لم يمكن بل استأجر لما يتوقع من مطر أو سيل نادر فلا، انتهى.

وهذا حسنٌ بالغ، ومن أوضح الأمثلة أن تكون مجاورة الأرض للمستأجر لها شرب أو دولاب يكفيها.

قال: (**وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ**) أي: من نهر أو عين أو بئر ونحوها لحصول المقصود عليه بذلك.

قال: (**وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثُّلُوجِ الْمُجْتَمِعَةِ، وَالْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: اكتفاء بالظاهر الغالب، والثاني: المنع؛ لأن السقي معجوز عنه في الحال والمتوقع لا يعلم حصوله، وبتقدير حصوله لا يعرف أنه

وَالِامْتِنَاعُ الشَّرْعِيُّ كَالْحِسِّيِّ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارٌ لِقَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ.

وَلَا حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ، ....

يحصل وقت الحاجة إليه، وهذا ظاهر نص «المختصر» واختاره الْقَفَّال.

فرع: استأجرها للزراعة ولها شرب معلوم فإن أدخلاه فذاك، وإن نفاه صح إن تيسر سقيها من غيره، وإن أطلق فإن اطردت العادة بإجارة الأرض بشربها، وإن أمطرت فهل يبطل العقد أو يصح ويدخل الشرب أو يصح ولا يدخل؟ أوجه أصحها: ثالثها إن تيسر شربها من غيره.

قال: **(وَالِامْتِنَاعُ الشَّرْعِيُّ كَالْحِسِّيِّ فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارٌ لِقَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ)** أي: لحظره شرعًا نعم لو انصب تحتها مادة من نَزْلَة ونحوها.

وقال أهل البصر: لا يزول الألم إلا بقلعها لينبعث ما تحتها، فيشبه ألا يجوز للضرورة، ولم أره نصًّا.

إشارة: إنما يجوز قلع السن وتخليله إذا صعب الألم.

وقال أهل البصر: إنه يزيله وما اقتضاه كلامه من جواز الاستئجار لقلعها هو الأصح.

وقال القاضي الحسين: المذهب هو احتمال العلة لأنها أي: العلة محتملة، ولا يصح الاستئجار لما لا وثوق به فطريق مثل هذا [قطع] اليد المتآكلة وفي العضد والحجامة[١].

قال: [والإمام أفتى] به في إصلاح السيف، خلافًا للبغوي، والجامع للعمل خفيف؛ لأنه منبعث عن الفرق بين هذا وبين استئجار المتاع على كلمة ولا يتعين.

قال: **(وَلَا حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ)** أي: إجارة عين لحظر مكثها فيه.

قلت: فلو كانت ذمية، وقلنا بالأصح أنه يجوز تمكين الكافر الجنب من المكث في المسجد وطردهما الْمَاوَرْدِي في تمكينها أيضًا من اللبث فيه في

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٢/ ١١٩).

وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ فِي الْأَصَحِّ.

كتاب «اللعان» فيشبه أنها إذا أمنت التلويث أن يصح استئجارها لكنسه إذ لا تفتقد حرمته واحترامه بخلاف المسلمة، وللغزالي فيها احتمال وإن عصت لا تستحق الأجرة.

قال: (**وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ**) أي: لم يلزم منه خلوة محرمة.

(**بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: إجارة عين؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحقه فلا يمكنها توفية ما التزمته.

والثاني: يصح؛ لأن محله غير محل النكاح إذ لا حق في لبنها وفي النفقات من تجربة الرُّويَانِي أنه لو أرادت الزوجة إرضاع ولدها بأجرة مقدرة لم يمكن ولا يجوز أن يستأجرها زوجها فإن فعل لم تصح الإجارة، وكذا لو استأجرها للخدمة لم يجز؛ لأنها مستحقة المنافع في جميع الأزمان إلا ما لا بُدَّ لها من إقامته كالعبادات وقضاء الحاجة، ولهذا لو أجرت نفسها من غيره للإرضاع أو للخدمة لم يجز.

وغلط من قال غيره، ولو أرضعت على ذلك وليس له أن يطالبها بأجرة المثل؛ لأن النفقة التي تأخذها تكون عوضًا عن جميع ما تعمله في جميع ذلك الوقت، وقال: إن حملت [من غيره] ولم يتابعه أحد، انتهى.

وهكذا في الحرة أما الأمة فلسيدها إجارتها إن أبى الزوج بلا خلاف، وينبغي أن تكون الزوجة المكاتبة كالحرة لاستقلالها، ولو التزمت الحرة الإرضاع وغيره في ذمتها بغير إذن الزوج جاز، قاله الْبَغَوِي وغيره ولينظر فيما لو كان الزوج غائبًا غيبةً بعيدةً فأجرت نفسها لعملٍ في منزلها بحيث تعمل أو نظر فراغها منه قبل رجوعه وينبغي أن يصح، وكذا لو كان طفلًا فأجرت نفسها مدةً لا يأتي فيها الاستمتاع منه ولا معنى لتعطيل منافعها عليه ولا معنى، نعم لو أوصى الزوج بخدمة زوجته أو منافعها أبدًا ثم أعتقها الورثة فيجب الجزم بأن ليس لها أن تؤجر نفسها بغير إذنه.

إشارة: اقتضى كلامه جواز إجارة الحرة نفسها للإرضاع بإذن الزوج وهذا

وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَك الْحَمْلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا . وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ، ....

فيمن تملك منافع نفسها إلا العتيقة الموصى بمنافعها أبدًا، ولو علم المستأجر أنها متزوجة قال الْمَاوَرْدِي والروياني: له الخيار، وضعفه الصيدلاني، والأصح في «الروضة» أنه ليس للمستأجر منع الزوج من وطء المرضعة خوف الحمل وانقطاع اللبن، وجعل الرُّويَانِي الأقيس المنع وهذا ما نقله الإمام عن الأصحاب مطلقًا.

قال: وهو بمثابة منع الراهن من وطء المرهونة، وقال القاضي الحسين والبغوي: إن كان الوطء يضر باللبن منع منه وإلا فلا.

قال: (**وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَك الْحَمْلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا**) كالسلم في شيء إلى أجل معلوم، وقوله: «أول شهر كذا» يقتضي أنه تأجيل صحيح، وهو ما صححاه في كتاب «السلم» وعزا الرَّافِعِي هناك [خلافه] وتبعه الشيخ، فلو ذكرا هنا مثلًا غيره [. . . .][1].

قال: (**وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ**) أي: مثل إجارة الدار سنة ابتداؤها من الغد أو نحو ذلك.

قالا: ولو قال: أجرتك الدار سنةً، فإذا انقضت فقد أجرتكها سنةً أخرى؛ فالعقد الثاني باطل على الصحيح؛ للتعليق وتأجيل المنافع، وقيل: يصح كما لو أجره السنتين صفقةً.

واعلم أن قضيه كلام الشيخين أنه لو قال: أجرتك هذه الدار سنةً بكذا ولم يقل من الآن أنه تصح الإجارة جزمًا، وجعلاه الأصح من بعد، وفي «البحر» لو قال: أجرتك الدار شهرًا لا يجوز ويحتاج أن يقول: من هذا الوقت.

وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز ويكون من حين العقد، وهذا غلط؛ لأن العقد هاهنا على الذمة دون الذمة فيصير كما لو قال: بعتك عينًا من هذه الأعيان لا يجوز، انتهى.

---

(١) كشط بالأصل.

فَلَوْ أَجَّرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الْأُولَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا جَازَ فِي الْأَصَحِّ، وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الْأَصَحِّ، وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلًا لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ الطَّرِيقِ أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَذَا أَيَّامًا، وَذَا أَيَّامًا وَيُبَيِّنُ الْبَعْضَيْنِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ.

والظاهر أنه لا فرق بين قوله شهرًا أو سنةً، ثم رأيته صرح بذلك في موضع آخر والله أعلم.

قال: (**فَلَوْ أَجَّرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الْأُولَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا جَازَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الأم» لاتصال المدتين كما لو جمعهما عقد واحد.

والثاني: لا كما لو أجرها من غيره، وصححه جماعة، وقال آخرون: إنه الأقيس والخلاف محكي في «التهذيب» و«الكافي» قولين، وفيما لو أجرها زيد لعمرو مدةً ثم أجرها المالك لعمرو مدةً مستقبلة وليس للمالك إيجارها لزيد كما قاله القاضي الحسين والبغوي.

وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه يجوز من زيد لا من عمرو، وعليه ينطبق إطلاق «المنهاج».

قال الْقَفَّال: إنه يجوز من زيد لا من عمرو وربما [عليه ينطبق] إطلاق «المنهاج».

قال: [. . . .] إجارة في المدة، فليس للمشتري إجارتها [. . . .] فقبله وتردد في الوارث هل يمكن منه أم لا؟

ولو أجَّر موصى له بالمنفعة المؤقتة مدته ثم ملك الرقبة فأجر للمستأجر مدةً تليها فيحتمل أن يقال: بالجواز على قول الْقَفَّال والقاضي تبعًا لإيجاد العاقدين واتصال المدتين، ويحتمل أن يمنع لتجدد الملك للمنفعة الثانية، فلا يمكن أن ينفذ، وأن العقد للأول وارد عليها، ومن هنا تبين حسن ما قاله الْقَفَّال خلافًا لتلميذه.

قال: (**وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الأم».

(**وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلًا لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ الطَّرِيقِ أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَذَا أَيَّامًا وَذَا أَيَّامًا وَيُبَيِّنُ الْبَعْضَيْنِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ**) أي: هو والمكري أو المكتريان وسبق

....

إجارة العين في الذمة لثبوت الاستحقاق حالًا والتأخير الواقع من ضرورة القسمة.

والثاني: الفساد في الصورة الأولى فقط.

والثالث: المنع فيهما معًا.

والرابع: يجوز فيهما في الذمة لا في دابة معينة.

تنبيهات: منها: قوله: «ليركب هذا أيامًا وذا أيامًا» يقتضي جواز كون النوبة ثلاثة أيام فأكثر، وهو ظاهر، وإن وافقهما المكري عليه، وفي «البحر» وغيره رمز إلى منفعة العلة فيما إذا كانت الدابة لا تطيعه، وأما إذا لم يتبين ذلك، وإلا فليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثًا لما في دوام المسمى من التعب، وقضية أنهما لو رضيا به ثم تمنعا لكن في «البيان» قال الشيخ أبو حامد: ولو اتفقا على أن يركب كل واحد منهما ثلاثة أيام لم يجز لما فيه من الضرر على [البهيمة، كذا] النص عند طلب أحدهما ذلك ما يوافقه فإنه قال: لأن ذلك أضر [على البهيمة] لأنه إذا ركب وهو غير متعب خَفَّ عَلَى الْمَرْكُوبِ، وَإِذَا رَكِبَ بَعْدَ كَلَالٍ وَتَعَبٍ وَقَعَ عَلَى الْمَرْكُوبِ كَالْمَيِّتِ.

ثم رأيت من قال: قوله: «هذا أيامًا وذا أيامًا» مع قول الشارح: ليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثًا إلى آخره، بينهما مخالفة، وَالْحَقُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُشَارِطَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْبَهِيمَةِ، ولعل مراد الشارح أنه بعد استقرار الأمر على يوم ويوم ونحوه ليس له طلب ثلاث، انتهى.

ومنها: قوله: «ويبيِّن البعضين» يعني: إذا لم يكن لتلك الطريق عادة مضبوطة أما إذا كان في الطريق عادة مضبوطة، إما بالزمان بأن يركب هذا يومًا وينزل يومًا بالمسافة بأن يركب هذا فرسخًا وذا فرسخًا كمل العقد عليهما، فإن تنازعا فيمن يركب أولًا أقرع وإذا أقسما فالزمان كان المحسوب زمن السير، فلو نزل لاستراحة أو لعلف الدابة لم يحسب زمن النزول من المهايأة، فإذا ارتحلا في اليوم الثاني فله الركوب بقدر ذلك.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً، ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً، وَتَارَةً بِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ إِلَى مَكَّةَ وَكَخَيَاطَةِ هذَا الثَّوْبِ، ....

ومنها: لو أجره إلى موضع ليركب المكرى وقتًا ثم المكتري وقتًا لم يصح لتأخر حقه، ولو أبى بالواو فهي صورة الحقبة الأولى ولو أكرى الدابة لا يبين ولم يتعرض للتعاقب فإن احتملت ركوبهما معًا ركباها معًا، وإلا تهايأا كما سبق.

ومنها: إجارة الدار أو الحانوت شهرًا مثلًا لينتفع به ليلًا فقط أو بالعكس باطل؛ لأن زمن الانتفاع غير متصل فيكون إجارة زمن مستقبل بخلاف مسألة العبد والبهيمة؛ لأنهما لا يطيقان العمل دائمًا، هذا ما أورداه وفي «البحر» في آخر مسألة العقب: فإن ظل [. . . .] تردى ثلاثة [أيام] ومكتري الدار للسكنى [إن لم] يكن ثلاثة أيام، ويقرع ثلاثة أيام؛ لأن [. . . .] مستبصر به، هذا لفظه.

ووجه نظيرها بأنه كمن اكترى نصف البهيمة، وكذلك هنا كأنه اكترى نصف المدة.

ومنها: لو استأجر نصف دابة ليركبها إلى موضع كذا صح على الأصح ثم يقتسمان بالزمان أو بالمسافة، وهذه إجارة متاع كبيعه.

قال: (**فَصْلٌ يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً**) أي: عينًا وقدرًا وصفةً فلا يجوز: أجرتك أحد هذين ثم لم يكن للعين المعينة إلا منفعة واحدة، فالإطلاق محمول عليها، وإن كان لها منافع كالدابة والأرض وجب البيان، وأما الصفة ففي إجارة الغائب على الخلاف في بيعه، وأما القدر فيشترط العلم به سواء فيه إجارة العين والذمة.

قال: (**ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً**) أي: معينة متصلة بالعقد.

(**وَتَارَةً بِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ**) أي: معينة أو موصوفة.

(**إِلَى مَكَّةَ وَكَخَيَّاطَةِ هذَا الثَّوْبِ**) أي: المعين المعاين، فإذا عين ثوبًا وبين صفة المخيط والخياطة صح سواء ألزم ذمته خياطته أم عينه، وإن قال: ألزمت ذمتك على الخياطة يومًا أو شهرًا لم يصح؛ لأنه لم يعين عاملًا ولا محلًا

فَلَوْ جَمَعَهُمَا فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ النَّهَارِ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

للخياطة قاله القاضي أبو الطيب وتبعه الْمُتَوَلِّي والشيخان، قال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر إذا لم يعين نوع الثوب الذي يخيط فيه أما إذا بينه وبين صفة الخياطة ففي عدم الصحة نظر.

قلت: جزم الْقَفَّال في «الفتاوى» أنه لو قال: ألزمت ذمتك خياطة [ثوب الَّتِي صِفَتُهَا كذا وكذا فِي قَمِيصٍ] فإنه يجوز إذ لا فرق بين [بطيء اليد أو خفيفها].

في «البيان» وغيره من كتب العراقيين المنافع [بزمان] المنفعة فيه، إلا بالمدة كالعقار والرضاع [ونحوهما بتقدير] التخصيص، وقسم لا يقدر، والمنفعة فيه إلا بالعمل كبيع الثوب أو خياطته أرجح أو قنص شيء من فلان، وما أشبه ذلك، وقسم يجوز فيه الأمران، قال الشيخ أبو حامد: كقوله: أجرني هذه الدابة لأركبها إلى موضع كذا، ولأركبها شهرًا، أو عبدك ليخيط هذا الثوب أو يخيط أو يعينني أو يخدمني شهرًا. انتهى.

قال: **(فَلَوْ جَمَعَهُمَا)** أي: جمع بين التقدير بالعمل والزمان.

(فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ النَّهَارِ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ) أي: للغرر إذ يتعذر تقديم العمل أو يتأخر كما لو أسلم في قفيز حنطة بشرط كون وزنه كذا لا يصح لاحتمال أن يزيد أو ينقص، والثاني: يصح إذ المدة مذكورة للتعجيل ولا يؤثر في فساد العقد، والثالث: إن أمكن العمل في المدة المذكورة صح وإلا فلا، قال في «البحر» بعد ذكره الأول: قال القاضي الطبري: هكذا قال أصحابنا فرأيت في الْبُوَيْطِي بخلافه فينافي كلامه إلى أن قال: فإن شرط عليه أن يأخذ في عمله وينمي الفراغ إلى أجل يمكن أن يعمل مثله، فذلك أفضل، وإن لم يسم الأجل ولم يسم الأجل فجائز فيعمل له طاقته حتى يفرغ منه، قال الرُّويَانِي: وهذا نص على أن ذكر الأجل فيه أفضل إذا كان الأجل مما يمكن العمل فيه، وهذا حسن وهو صحيح عندي. انتهى.

واعلم أنه جزم في أوائل الباب بالمنع كقول الجمهور، ثم ذكره [بعضهم] وظننت [أنه يقدر] بالعمل [ونظرت] نص الشَّافِعِي [في المختصر] والبويطي،

وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ، أَوْ تَعْيِينِ سُوَرٍ.

فرأيت فيه بعد أن ساق النص على إجارة العين للبناء والتجارة والخياطة وإجارة الذمة أنه إذا استأجره على خياطة هذا الثوب أو بناء هذه الدار، ولا يسمى متى يعمله، فتجوز الإجارة، وعليه أن يبدأ في عمله ساعة، تمت الإجارة.

قال الْبُوَيْطِي: وإن شرط عليه أن يأخذ في عمله إلى آخر ما سبق، فبان بهذا أن ذلك من كلام الْبُوَيْطِي نفسه لا من كلام الشَّافِعِي -رحمهما الله تعالى- فاعلم.

قيل: على وجه البحث، وينبغي أن يكون محل الوجهين عند الإطلاق أو ظهور إرادة التقدير بالعمل والزمان معًا، أما إذا فصل الآن في ذكر اليوم للتعجيل فيصح وَكَذَا إِذَا كَانَ الثَّوْبُ صَغِيرًا لكن فراغه في العادة في دون اليوم، فينبغي أن يصح قطعًا، وأما عند التردد لمقاربة العمل بالزمان يحتمل الأمرين، ومدلول اللفظ في اللغة يقتضي أنه إن صرح بقي لم يقتض الاستيعاب، وإن لم يذكره في كان ظرفًا محضًا فيقتض الاستيعاب. انتهى.

قال: (**وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ**) أي: كشهر مثلًا قاله الإمام والغزالي، قال الرَّافِعِي: وإيراد غيرهما يفهم المنع، وظاهر كلامه ترجيحه، وصرح في «شرحه الصغير» و«التذنيب» بأنه الأشبه، وأيضًا ففي التقدير بالمدة جهالة ظاهرة للرد على إيراده اقتصر الرَّافِعِي في كتاب «الصداق» وكذلك أصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البيان» و«الانتصار».

وقال الشيخ: إنه أصح وأقوى، قيل: ولا يكاد يوجد التصريح بالمنع لأحد، وهو [كما قيل.. ورأيت] أن الْبَغَوِي صرح بأن الأشبه أنه لا يكفي التقدير بالمدة، ولم أره في [التهذيب] وفتاويه.

قال: (**أَوْ تَعْيِينِ سُوَرٍ**) أي: [سور وآيات] لا يشترط التعين فيهما.

وقيل: يشترط في الاختيار حسن ترتيب الآيات، وقيل: يكفي ذكر السورة عن ذكر الآيات المطلوبة منها، ولا يشترط تعيين حروف القرآن على الأصح، فإن عينه تعين وإلا اختيار حفظ التعلم على المنقول، وتمنى الإمام لو قيل به،

....

وذكر الحضرمي في كتابه «المعين» أنه لو استأجره لتعليم سورة ولا بد من قراءتها على المستأجر إن لم يكن سمع قراءتها قبل ذلك وإلا لم يصح وجهًا واحدًا.

قلت: وهو حسن غريب ويعرف منه القول بمقدار الصداق ثم العلم بالمقدار شرط في حق الزوج والولي فإن لم يكن لهما أو لأحدهما معرفة بالقرآن وسوره وأجزائه.

قال أبو الفرج الزَّاز: الطريق التوكيل وإلا فيرى المصحف، ويقال: من هنا إلى هنا.

قال الرَّافِعِي: وما ينبغي أن يكفي بذلك؛ لأنه لا يفيد معرفة حال المشار إليه صعوبة وسهولة. قال في «الروضة»: وهو الصواب فيتعين التوكيل.

تنبيهات: منها: لا بُدَّ أن يكون شرط تعليمه كلفة، وقال الْمَاوَرْدِي: يشترط أن يكون بإزاء أقصر سورة وهي «الكوثر» ثلاث آيات فصاعدًا ليكون قدر ما يختص بالإعجاز فإن كان أقل لم يجز ولا يختص بالإعجاز وتعلم القرآن يقتضي وجود الإعجاز، ذكره في الصداق.

ومنها: لو قال لتعلمني سورة البقرة شهر مثلًا فعلى الخلاف فيما لو استأجره ليخيط الثوب اليوم ويصح الاستئجار [لتلقين] الشهادتين.

وفي [الفتاوى] أنه إذا استأجره ليعلمه الفاتحة إن كان يستطيع إلى مدة نصف يوم يجوز، وإن كان يحفظ بمرة أو مرتين لا يجوز.

ومنها: إذا قدر بمدة فهل تقع أيام الجمع مستثناة؟.

قال في «البيان»: سمعت شيخنا يزيد بن عبد الله البقاعي أي: بالياء آخر الحرف والفاء يقول: يحتمل وجهين من الوجهين فيما إذا جرت العادة بالنزول عن الدابة في الطريق لإراحتها هل يلزم المكتري ذلك بالإطلاق؟

ومنها: إذا كان المستأجر لتعليمه كافرًا فإن رجا إسلامه صح وإلا فلا، قالوا: ويجوز إصداق التعليم أول الأمر أرجى لإسلامه وتعليمه ليعتبر به وإن كان القصد القدح فيه ونحوه لم يجز.

وَفِي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ الْمَوْضِعَ وَالطُّولَ وَالْعَرْضَ وَالسَّمْكَ وَمَا يُبْنَى بِهِ إنْ قُدِّرَ بِالْعَمَلِ.

وَإِذَا صَلُحَتْ الْأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ اُشْتُرِطَ تَعْيِينُ الْمَنْفَعَةِ، ....

قال الْمَاوَرْدِي: ولم يعرف وجدها في ظاهر الحال جاز؛ لأن القرآن هداية وإرشاد ثم لتيسير حالها وقت التعليم فإن ظهرت فوائد الهداية علَّمها، أو القدح والاعتراض فسخ الصداق، وأطلق في «الشامل» الجواز.

قال: وذكر الشيخ أبو حامد أنها إن أرادت المباهاة لم يصح وهذا ضعيف؛ لأنها قد تريد المباهاة فإذا تعلمته انتفعت بتعليمه فيكون سببًا لإسلامها، انتهى، وتجيء هذه الأمور هاهنا.

ومنها: إذا كان يتعلم الشيء وينسى ففيه أوجه:

أحدها: إن تعلم آيةً فنسيها لم تجب إعادتها أو دونها وجب.

وثانيها: الاعتبار بالسورة.

وثالثها: إن نسي في مجلس التعليم وجب أن يعيده، وإلا فلا، وأصحها يرجع إلى العرف الغالب.

وفي «البيان»: إن كان علمه ثلاث [آيات] فجاء وجه خامس، وهو الاعتداد بثلاث آيات لا بما دونها.

قال: **(وَفِي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ الْمَوْضِعَ وَالطُّولَ وَالْعَرْضَ وَالسَّمْكَ وَمَا يُبْنَى بِهِ)** أي: من طين وآجر ولبن.

(إنْ قُدِّرَ بِالْعَمَلِ) أي لاختلاف الأغراض والمنافع بذلك وجهين: ثانيهما: يقتضي أنه إذا قدر بالزمان لا يجب بيان ذلك وظاهره اعتبار ذلك، وقد نقلا عن الجمهور أنه لو قال: ليخيط لي يومًا أو شهرًا، فإنه يجوز ويشترط أن يعين الثوب وما يريد منه وأن يبين نوع الخياطة وهذا شاهد للبيان، وكلام غيره يوافقه في اعتبار بيان ما يبني به وهو ظاهر فليكن هو المعتمد.

قال: **(وَإِذَا صَلُحَتْ الْأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ اُشْتُرِطَ تَعْيِينُ الْمَنْفَعَةِ)**.

قلت: وكذا لو صلحت الأرض من الثلاثة المذكورة لاختلاف الضرر

وَيَكْفِي تَعْيِينُ الزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي الْأَصَحِّ، ....

اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات.

قال الرَّافِعِي: بعد صورة الكتاب هكذا قاله الأصحاب وجعلوه متفقًا عليه؛ لكن قد ينافي مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها بتصريحهم بجواز الإجارة مطلقًا وشبه أن تكون إجارتها على وجهين كإعارتها، والأصح المنع فيهما وما ذكره في إجارة الأرض التي لا ماء لها مفرع على الوجه الآخر أو مؤول.

قال في «الروضة»: قلت: المذهب ما نص عليه الأصحاب في المسائل الثلاث فلا تصح إجارتها مطلقًا وتصح العارية على وجه؛ لأن أمرها على التوسعة، أما مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها فمؤولة، انتهى.

وفي «شرح التعجيز» لمؤلفه ولا يجب تعيين الانتفاع في أرض هي قُلة جبل لا كما اعتقده الإمام الرَّافِعِي فحصل الجوابان في الأرضين على وجهين؛ وهذا لأن القلة متعينة للسكون ولا يجوز بناؤها لافتقاره أو أثرهما.

[(**وَيَكْفِي تَعْيِينُ الزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي الْأَصَحِّ**)] [وظاهر نص الأم] والمختصر يزرع على الإطلاق، وفيه شيء ذكرته في «الغنية» وصححه هنا أولى.

والثاني: لا يكفي، ونقل عن النص في «الجامع الكبير» ولم يعين ما ينبني، قاله الرَّافِعِي وفيه وقفة إذ البناء كالزرع وينبغي أن يكفي الإطلاق فيهما، وقد قالوا في استئجار الأرض للبناء بشرط بيان موضعه وطوله وعرضه لا قدر ارتفاعه في الأصح، وهذا هو المعتمد وهو مفيد لما أطلقوه في الأول ومبين أن البناء مخالف للزرع وعن «تجريد سليم الرازي» نقل وجه أنه لا يصح في قوله: لتغرس من عين بيان ما يغرسه لاختلاف غرض الاستيلاء وانقضاء المدة في تملكه أو قلعه أي: بخلاف الزرع.

تنبيه: ذكروا في المرجح أنه يزرع ما شاء.

قال الرَّافِعِي: وكان يجوز أن ينزل على أقل الدرجات، انتهى. وهو وجه في «الكافي» قال: إذا اكتراها للزراعة ولم يعين الزرع قيل: لا يصح والمذهب أنه يصح، ثم قيل: يزرع أخف الأنواع ضررًا والمذهب أن له أن يزرع أضر

وَلَوْ قَالَ لِتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْت صَحَّ وَكَذَا لَوْ قَالَ إنْ شِئْت فَازْرَعْ وَإِنْ شِئْت فَاغْرِسْ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ فِي إجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ مَعْرِفَةُ الرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ وَصْفٍ تَامٍّ، وَقِيلَ لَا يَكْفِي الْوَصْفُ، ....

أنواع الزرع، انتهى.

وينبغي تقييد ذلك بأضر الأنواع المعتادة هناك لا مطلقًا ويشبه أن محل الاكتفاء بالإطلاق محله ما إذا أجر على نفسه، أما لو أجره على غيره بولاية أو نيابة فلا ويجب التعيين لاختلاف الضرر، ولو قال: لتزرع ما شئت فالنص الصحة، وقيل: لا يصح حتى يعين ولا يعقد كما أسلفته في العارية.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْت صَحَّ**) أي: ويصنع ما شاء لرضاه وقيل: لا يصح [لكن بشرط عدم الإضرار] وادَّعى الإمام الاتفاق على الأول، وهذا في المؤجر على نفسه [. . . .] عليه ذلك على كل تقدير، هكذا ظننته.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ إنْ شِئْت فَازْرَعْ، وَإِنْ شِئْت فَاغْرِسْ فِي الْأَصَحِّ**) والثاني: المنع كقوله: بعتك بألف مكسرة إن شئت وصحاح إن شئت.

وعبارة «المحرر» و«الشرح» وغيرهما: إن شئت فازرعها ما شئت، وإن شئت فاغرسها ما شئت، أما إذا لم يقله عاد الخلاف في أن تعيين الزراعة هل يكفي عن ذكر ما يزرع؟ وإن رجح الاكتفاء، ويكون هذا مفرعًا عليه؛ لكن هذا خلاف خاص مع قطعه النظر عن ذاك.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي إجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ**) أي: سواء كانت إجارة عين أو ذمة.

(**مَعْرِفَةُ الرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ وَصْفٍ تَامٍّ**) ليبقى العدد بذلك.

(**وَقِيلَ: لَا يَكْفِي الْوَصْفُ**) إذ «ليس الخبر كالمعاينة» هذا هو المشهور، وقول الجمهور وظاهر نص «الأم» و«المختصر»؛ لأن الغرض يتعلق بنقل الراكب وغيره من حركاته وسكناته ونشاطه ومثله والوصف لا ينبئ عن ذلك.

وعبارة «المحرر» وينبغي أن يعرف المؤجر الراكب بمشاهدته ويقوم مقامها

وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا يَرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ، وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ الْمَعَالِيقِ مُطْلَقًا فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ لَمْ يُسْتَحَقَّ، وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينُ الدَّابَّةِ، وَفِي اشْتِرَاطِ رُؤْيَتِهَا الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ وَفِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ذِكْرُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذُّكُورَةِ أَوْ الْأُنُوثَةِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ السَّيْرِ كُلَّ يَوْمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ فَيَنْزِلُ عَلَيْهَا. وَيَجِبُ فِي الْإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ الْمَحْمُولَ،

الوصف التام على الأشبه، وذكر في «الشرح» في معرفته وجوه قبل المشاهدة، وقيل: إن كان غائبًا وصفه ويذكرونه، وقيل: يذكر صفته في الضخامة والفخامة ليعرف وزنه تخمينًا، وأكثر الأصحاب في اعتبارات المشاهدة؛ لكن إلحاق الوصف التام بها أشبه في المعنى، وهذا ما ذكره في «المحرر» وهو بحث حسن؛ لكنه خلاف الأوجه الثلاثة المنقولة؛ لكن سيأتي عن «البحر» عن الأصحاب ما يؤيده.

وعبارة «الروضة»: وطريق معرفته المشاهدة، كذا قاله الجمهور والأصحاب ﷺ، ثم قيل يصفه بالوزن [وقيل بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً] انتهى. وفيها بعض مخالفة للشرح.

قال: (**وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا يَرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ**) أي: إن كان المحضر له هو المكتري حيث اقتضى الشرط الركوب عليه.

وعبارة «المحرر»: وكذا الحكم فيما يركب عليه أو كان معه ذلك من راحلة أو محمل أو غيرهما، انتهى.

فإن كانت للمؤجر فهل يشترط بيان ذلك نظر إلى حظ المكتري أيضًا؟ لم أر فيها نصًا صريحًا، والمتبادر أنه لا يشترط، فإنهم اقتصروا على اعتبار معرفة المؤجر وفيه نظر!.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ الْمَعَالِيقِ مُطْلَقًا فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ لَمْ يُسْتَحَقَّ، وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينُ الدَّابَّةِ، وَفِي اشْتِرَاطِ رُؤْيَتِهَا الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ وَفِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ذِكْرُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذُّكُورَةِ أَوْ الْأُنُوثَةِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ السَّيْرِ كُلَّ يَوْمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ فَيَنْزِلُ عَلَيْهَا وَيَجِبُ فِي الْإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ الْمَحْمُولَ،**

فَإِنْ حَضَرَ رَآهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ، وَإِنْ غَابَ قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ، وَجِنْسُهُ لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ، وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ زُجَاجًا وَنَحْوَهُ.

فَصْلٌ

لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ وَلَا عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ إِلَّا حَجٌّ وَتَفْرِقَةُ زَكَاةٍ، وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيِّتٍ وَدَفْنِهِ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ.

فَإِنْ حَضَرَ رَآهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ، وَإِنْ غَابَ قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ، وَجِنْسُهُ لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ، وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ زُجَاجًا وَنَحْوَهُ.

فَصْلٌ

لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ وَلَا عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ إِلَّا حَجٌّ وَتَفْرِقَةُ زَكَاةٍ وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيِّتٍ وَدَفْنِهِ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ).

قال في «الروضة»: إذا كان الراكب مجردًا ليس معه ما يركب عليه فلا حاجة إلى ذكر ما ذكر إلا سيتمكن المؤجر يركبه على ما شاء من سرج وإكاف[١] وزاملة[٢] ورحل.

قال: ليست بالدابة، وإن كان يركب على رحل أما وفوق زاملة أو محمل أو عمارية إذا أراد في غير الإبل الركوب على سرج أو إكاف وجب ذكره، وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات، وإن شاهدها كفى، وإلا فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على قدر، ويقتطع لانتفاء حسن فيه التفاوت كفى الإطلاق، وحمل على معهودهم، فإن لم يكن معهود مطرد اشترط ذكره، وأن السرج والإكاف والزاملة ووصفها هذا هو الصحيح المعروف.

وقال الإمام: لم يتعرض أحد من الأصحاب لذكر الوزن في السرج والإكاف؛ لأنه لا يكثر فيهما التفاوت، وأما المحمل والعمارية ففيهما أوجه:

---

(١) إكافُ الحِمارِ والجمل، البرذعة.
(٢) قِيلَ لِلْبَعِيرِ زَامِلَةٌ، الْهَاءُ لِلْمُبَالَغَةِ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ مَتَاعَ الْمُسَافِرِ.

....

أصحها: أن المعتبر فيهما المشاهدة أو الوصف مع الوزن، والثاني: يكفي الوزن أو الصفة، والثالث: [لتقاربها] إن كانت خفافًا كالبغدادية كفى الوصف لتفاوتها أو [اشترطت] المشاهدة.

وقال الْبَغَوِي: تمتحن الزاملة باليد [لتعرف خفتها وثقلها بخلاف الراكب لا يمتحن بعد المشاهدة وينبغي] أن يكون المحمل والعمارية في ذلك كالزاملة.

[ولم يشترطوا] بها ما ذكر أن الراكب إذا كان مجردًا ليس معه ما يركب عليه أم المؤجر يركبه على ما شاء من سرج وغيره، وذكرا بعد ذلك أن الأصح في السرج اتباع العرف، فأظلت الجمع بين الكلامين.

ومنها: ذكرهما الخلاف فيما إذا تفاوتت المحامل ونحوها فقط.

قال ابن الرِّفْعَة: كلام القاضي الحسين يدل على طرد الخلاف مطلقًا.

قلت: وكذا كلام الرُّويَانِي، وأجوز أن يكون ما ذكره أولًا من قوله.

قال: [فإن كانت سروجهم] ومحاملهم إلى آخره، وهو الوجه الرابع المرجوح عند الأصحاب، وقوله: لانتفاء حسن عن التفاوت عبر عنه الرُّويَانِي بأن البغدادية لا تتفاوت تفاوتًا كثيرًا، وكذلك محامل خوارزم، قال: وهذا لا يصح؛ لأن الكل يختلف، ولا يمكن ضبطها هكذا ذكره أبو حامد. انتهى.

ومنها: جعل الشَّاشِي المذهب الوجه الثاني، وهو الاكتفاء بالوزن والصفة، قال الْعِمْرَانِي: ولم يذكر أبو حامد وابن الصباغ الوجه الأول، وقضية كلام «البحر» أن المذهب الصحيح؛ لأنه لا بُدَّ من المشاهدة، وحكى قولًا مخرجًا أنه لا يحتاج إلى مشاهدة المحمل ولا صفة أيضًا لا يتبع الراكب أو الحمل فيكون كون المتنوع معلومًا، قال: وليس بشيء.

ثم قال أصحابنا: ولو ذكر محملًا أو مركبًا أو زاملةً واستقصى في الوصف حتى يصير بالصفة معلومًا، قامت الصفة المحيطة بالموصوف مقام المعاينة، وكذا حكم الطبري [ليصير بالصفة] معلومًا [وكذلك] حكى كلام الرَّافِعِي في الراكب [اشتراطه] من وطاء يجلس عليه.

فَصْلٌ

وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعًا، وَلِأَحَدِهِمَا فَقَطْ، ....

قال: وينبغي أن يعرف [بالرؤية] أو الوصف والغطاء الذي يستظل به، ويتوقى من المطر قد يكون وقد لا يكون، فيحتاج إلى شرطه، انتهى.

وفي «البحر» لا بُدَّ أن يذكر مكشوفًا أو مغطى، فإن ذكر مغطى جاز وغطاء على ما جرت به العادة من البيداء و[نائى] وهذا لأنه لا يختلف اختلافًا متباينًا بل يتفاوت ذلك، وإن شرط شيئًا من هذا يعين ما شرطه، ومن أصحابنا من قال: يحتاج إلى مشاهدة الوطاء، وطرف المحمل والظل أيضًا، وهو ظاهر نص المختصر؛ لأن العقد وقد أطلقوا القول بإبطال الاستئجار للتدريس، وتردد أن [العلة] في جوازه لإعادة الدرس.

قال الإمام: لو عين بعلمه فعليه أو [كانت] مضبوطة جاز، وإطلاقهم محمول على من يتصدى الخيار، وليس من غير تعيين ما يعلمه، ومن يعلمه كذلك منع استئجار مقرئ يقرئ كذلك.

قال: ويحتمل أن يجوز.

قلت: وَالظَّاهِرُ الصِّحَّةُ فِي تَعْلِيمِ أَحَادِيثَ وَآيَاتٍ مُعَيَّنَةٍ وَنَحْوِهَا مِنْ آثَارِ السَّلَفِ الصَّالِحِ توضح من قالوا بالمنفعة تصبح عند الإجارة عليها يصح جعلها صداقًا، وقالوا هناك: يصح إصداقها تعليم القرآن وغيره من العلوم الشرعية الواجبة والمستحبة كالفقه والنحو والأدب والطب وشعر لا فحش فيه، وذلك سطر بعين بيان [لا] تقدير بزمان كما سبق في تعليم القرآن.

وجزم الشيخان بأنه لا يصح الاستئجار لإمامة الفرائض، وفي الحج من كتاب ابن كج: أنه إن عينت لمدة صح وإلا فلا، ولا يصح بالتراويح وسائر النوافل على الأصح، جوز القاضي الحسين الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر، واختاره المصنف وأفتى الْعِمْرَانِي بالمنع.

فصل

قال: (وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعًا وَلِأَحَدِهِمَا فَقَطْ) للحاجة الداعية إلى ذلك.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، وَالْحَضَانَةُ حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي الْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا، ....

(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ) لأنهما صفتان يجوز إفراد كل منهما بالإجارة، فأشبها سائر المنافع، والثاني يستتبع للعادة بتلازمهما، والثالث يستتبع الإرضاع الحضانة ولا عكس لئلا تبقى الإجارة في مقابلة العين خاصة، والرابع عكسه، ذكره ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» هذا إذا أطلق الاستئجار لأحدهما، ولم ينتف الآخر، فإن استأجر للإرضاع ونفى الحضانة فوجهان أحدهما المنع، والأصح الجواز كجوازه لمجرد الحضانة، والتي ليست إذا استأجر للرضاع ولم يتعرض لسواه فأوجه: أحدها: للحاجة، ثانيها: الصحة والاقتصار، وثالثها: الصحة والإتيان والخدمة تبعًا، ورابعها: الصحة، والمقصود بالحضانة الخدمة، واللبن تابع، وهو الصحيح.

فرع: يجب [معرفة سنه] قال في «البحر»: وإنما يعرف بالمشاهدة، وذكر كلام «الحاوي» أنه لا بُدَّ من معرفة سنه بمشاهدة، وأخبر بإطلاق شربه باختلاف سنه، انتهى.

وموضع الإرضاع أو بينة أم [الولد].

قال الرَّافِعِي: على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يكثر اللبن، وللمكتري تكليفها ذلك.

قال ابن الرِّفْعَة: فيه نظر! والذي قاله الْمَاوَرْدِي والروياني: أن له منعها من أكل ما يضر باللبن، وإذا لم يقبل الصبي ثدي المستأجرة للإرضاع فهل تفسخ الإجارة؟ وجهان في تعليق القاضي الحسين. انتهى.

وفي «الحاوي» و«البحر» أن الطفل إذا لم يستمرئ لبنها لعلة في اللبن فهو عيب للمستأجر الفسخ، ولو لم يعلم المستأجر أنها مزوجة فله الفسخ، ولو سقته لبن غيرها فإن كانت إجارة ذمة فلها الأجرة وإلا فلا.

قال: **(وَالْحَضَانَةُ حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي الْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا)** لاقتضاء اسم الحضانة في العُرف ذلك

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَهُمَا فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ فَالْمَذْهَبُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الْإِرْضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ حِبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَّاقٍ وَخَيَّاطٍ وَكَحَّالٍ. قُلْت: صَحَّحَ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ الرُّجُوعَ فِيهِ إلَى الْعَادَةِ، فَإِنْ اضْطَرَبَتْ وَجَبَ الْبَيَانُ وَإِلَّا فَتَبْطُلُ الْإِجَارَةُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

ولحاجة الرضيع إليها.

قال: **(وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَهُمَا)** أي: للحضانة والإرضاع.

(فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ فَالْمَذْهَبُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الْإِرْضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ) هذا الخلاف مبني على أن المعقود عليه ماذا؟ فقيل: إنه اللبن والحضانة تابعة، فعليه يفسخ العقد بانقطاعه، وقيل: عكسه فلا ينفسخ، وللمستأجر الخيار، والأصح أن المعقود عليه كلاهما؛ لأنهما مقصودان فيفسخ العقد في الإرضاع، ويسقط قسطه من الأجرة، وفي الحضانة قولا تفريق الصفقة.

قال الرَّافِعِي: ولم يفرقوا في طرد الأوجه [بين أن] يصرح بالجمع بينهما أو بذكر أحدهما، ونحكم باستتباعه الآخر وحسن أن يفرق، فيقال: إن صرح فمقصودان قطعًا، وإن ذكر أحدهما فهو المقصود، والآخر تابع، انتهى.

وقد خصصه الإمام بما إذا جمع بين الحضانة والإرضاع، وهو الظاهر، وقضية لفظ الكتاب، وقوله فالمذهب عبارة «الروضة» و«الشرحين» فيه ثلاثة أوجه، وعبارة المحرر يفسخ في الإرضاع، وفي الحضانة قولا تفريق الصفقة هي صحيحة.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ حِبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَّاقٍ وَخَيَّاطٍ وَكَحَّالٍ)** لأن الأعيان لا تستحق بالإجارة، وأمر اللبن على خلاف القياس للضرورة.

قال: **(قُلْت: صَحَّحَ الرَّافِعِي فِي الشَّرْحِ الرُّجُوعَ فِيهِ إلَى الْعَادَةِ فَإِنِ اضْطَرَبَتْ وَجَبَ الْبَيَانُ وَإِلَّا فَتَبْطُلُ الْإِجَارَةُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** هو كما قال وغير بالأشبه.

وقال الإمام: إذا اضطربت هل يصح العقد ويلزم المتاجرة ويفسد؟ فيه خلاف.

فَصْلٌ

يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ إِلَى الْمُكْتَرِي، ....

تنبيهات: منها: حكم الصبغ وطلع النخل حكم الحبر فيما ذكره، ولم يذكروا ما يحتاج إليه العطار من الكلس والكبريت، وكأنه لأطراف العرف بكونهما على العطار، وفيه وقفة.

ومنها: قوله فإن اضطربت وجب البيان يتبادر أنه لو عين أنها على الأجير جاز، وفيه نظر؛ لأنه جمع بين بيع مجهول العين والصفة والقدر، وأجازه.

ومنها: إذا قلنا الحبر على الناسخ لعادة أو شرط فهل يشترط رؤيته أو صفته أو يكفي الإطلاق ويحمل على العادة؟ فيه نظر ظاهر، أما الأقلام فالظاهر أنها على الناسخ كإبرة الخياط للعرف المطرد بهما.

ومنها: لا بد في النسخ من بيان عدد الورق وإلا يضطر يبدل صفحة.

قال الرَّافِعِي: ولم يتعرضوا للتقدير للمدة، والقياس جوازه، وأن يجب عليه تقدير العمل ببيان قدر الحواشي والقطع التي يكتب فيه.

قلت: ولم يتعرضوا لبيان دقة الخط وغلظه، وهو منهم، ولا معنى ذكر عدد الأسطر وهل رؤية خط الناسخ، ويكتفي بها، ويقال: اكتب مثل هذا في الغلظ والدقة، لم أر فيه شيئًا.

ومنها: هل يجب على الخياط عند الإطلاق تفصيل الثوب؟ فيه احتمال، وهل يفترق الحال بين إجارة الذمة والعين أو لا؟ فيه نظر لتعارض اللفظ والعرف، وقد قالوا ليس على حافر القبر على الميت خلافًا لأبي حنيفة؛ لأن المعقود عليه الحفر مع جريان العرف به، وقد يفرق بأن الحفر يحصل بدون العلم بخلاف الخياطة.

قال: (**فَصْلٌ يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ**) يجب تسليم مفتاح الدار أي: ونحوها.

(**إِلَى الْمُكْتَرِي**)؛ ليتمكن من الانتفاع الواجب له، وهذا في مفتاح علق مثبت، أما لو كانت العادة الأقفال المتصلة، فإنه لا يجب تسليم القفل بخلاف

وَعِمَارَتُهَا عَلَى الْمُؤَجِّرِ، فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا، وَإِلَّا فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ، ....

الأول؛ لأنه تابع للغلق المثبت، وهو أمانة في يده، وإبداله من وظيفة المؤجر، وفي مطالبته به ما يأتي في العمارة، فإن لم يبدله فللمكتري الخيار.

قال: **(وَعِمَارَتُهَا عَلَى الْمُؤَجِّرِ)** أي: سواء كانت مرمة لا تحتاج إلى عين زائدة كإقامة مائل وإصلاح منكسر وغلق يعسر فتحه أو كانت تحتاج إلى عين كبناء وجذع وتبطين سطح ونحوها من الخلل العارض في الدوام أو احتيج إليه لخلل، فأول العقد، فإن أجرها ولا باب لها ولا متراس ونحوهما فهذه ثلاثة أقرب، والجمع من وظيفته.

قال: **(فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا، وَإِلَّا فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ)** أي: إن نقصت المنفعة حتى لو وكف البيت مثلًا لترك التطيين فله الخيار في تلك الحالة، فإذا انقطع بطل الخيار إلا إذا حصل بسببه نقص، وإنما له الخيار، في الضرب الثالث إذًا احتمال الحال في الابتداء هكذا نقلاه والقاضي الحسين والفوراني قيدا بثبوت الخيار بما إذا تعذر الانتفاع إلا به، وأتاه المكري ولم يذكرا جهل المكتري به.

تنبيه: قالا هل يجبر المؤجر على هذه العمارات؟ قال جماعة منهم الْمُتَوَلِّي والبغوي وعليه ينطبق كلام الكتاب وأصله وقال الْقَفَّال والإمام والغزالي والسرخسي: يجبر على الضرب الأول، وصححه الرُّويَانِي، ولا يجبر على الثالث قطعًا، ولا على الثاني على الأصح أنه لا يلزمه ذلك، وقال المصنف: ينبغي أن يكون الصحيح الوجوب، ونقل زيادة بعد عن فتاوى الْغَزَالِي: أنه لا يلزم المؤجر الدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما، وإنما عليه تسليم العين، ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء، وأما المستأجر إذا قدر على ذلك بلا ضرر لزمه كالمودع.

إشارة: نسبة أن ما سبق من عدم إيجاب العمارة عينًا في الأضرب الثلاثة في حق المؤجر ماله أما لو كان وليًّا لِمَحْجُورٍ عَلَيْهِ [وَمَصْلَحَتُهُ فِي الْعِمَارَةِ وَجَبَ عَلَى وَلِيِّهِ الْمُوَافَقَةُ فَالْإِجْبَارُ ظَاهِرٌ إنْ كَانَ هُنَاكَ جِهَةٌ يَعْمُرُ مِنْهَا الْوَقْفُ كَرِيعِهِ وَإِنْ أُرِيدَ الْعِمَارَةُ مِنْ مَالِهِ أَوْ أُرِيدَ هُنَاكَ بِشَرِيكِ الْوَقْفِ مَالِكُ بَعْضِ مَا وُقِفَ بَاقِيهِ؛ فَالْإِجْبَارُ لَيْسَ بِظَاهِرٍ بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ] ولو لم يعمر لفسخ المستأجر،

وَكَسْحُ الثَّلْجِ عَنْ السَّطْحِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ، وَتَنْظِيفُ عَرْصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى الْمُكْتَرِي.

وحصل التعطيل والضرر للمولى عليه أنه يجب عليه العمارة لمصلحة المستحق وبقي الضرر عن وقفه وملكه.

قال: (**وَكَسْحُ الثَّلْجِ عَنْ السَّطْحِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ**) أي: من وظيفته كعمارة الدار، فإن حصل به عيب يجبر المستأجر، وهل يجبر عليه؟

قال الإمام: فيه الخلاف السابق، وقيل: لا يجب الكسح، وإن وجب العمارة؛ لأنها تجب لتعود الدار إلى ما كانت بخلاف كسح الثلج.

قال: (**وَتَنْظِيفُ عَرْصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى الْمُكْتَرِي**) أي: إذا فضلا في دوام الإجارة، أما الكناسة فلحصول ما يفعله، وأما الثلج والتسامح برفعه والمعنى بكونهما عليه أنه إن أراد أن يكمل له الانتفاع فليرفعهما، وقال في «الروضة»: إن جف الثلج وكالكناسة، وكذا إن كثف على الأصح.

قلت: فيه نظر! لأنه ليس بفعله، ولا يتسامح به عادة ولا سيما إذا خشيت الكثرة، وقد قال الإمام الرَّافِعِي: إنهم فسروا الكناسة التي يلزم إزالتها بالقشور، وما يتساقط من الطعام ونحوه دون التراب التي تجتمع بهبوب الرياح؛ لأنه بغير فعله ثم اعترض بثلج العرصة؛ لأنه بغير فعله فيجوز أن يكون التراب كالكناسة أيضًا، وإن حصل لها بفعله وزيفه المصنف، وقال: الصواب أنه لا يلزم المستأجر نقل التراب، كما قاله الأصحاب، وليس المراد بما سبق في ثلج العرصة أنه يلزم المستأجر نقله بل المراد أنه لا يلزم المؤجر فكذا هنا لا يلزم واحد منهما. انتهى.

وإلحاق التراب بالكناسة أولى من الثلج الكثيف.

وعبارة «البسيط»: إن الثلج الخفيف في العرصة كالغبار والكناسة، انتهى.

إن كثف التراب وكثر على خلاف العهود ومنع الانتفاع بالعرصة فكالثلج الكثيف ولم ينظر في ذلك إلى عرف البلاد، وهو محتمل، ولا يبين ندرة حصول ذلك وضدها، ويحسن الرجوع في هذه الأشياء وما بعدها إلى العرف إن اطرد.

وَإِنْ أَجَّرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ فَعَلَى الْمُؤَجِّرِ إِكَافٌ وَبَرْذَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظَلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا، وَالْأَصَحُّ فِي السَّرْجِ اتِّبَاعُ الْعُرْفِ،

قال: (**وَإِنْ أَجَّرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ فَعَلَى الْمُؤَجِّرِ إِكَافٌ وَبَرْذَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ**) أي: على الأصح لأنه لا يمكن من الانتفاع إلا بها، والعرف قاضٍ بذلك، وسواء فيه إجارة العين والذمة، وهل له تسليمها عارية، والآلات على المكتري، وتوسيط القاضي الحسين والبغوي معًا لا ما عدا الإكاف والبرذعة على المؤجر، ويفرق فيهما أو في السرج فإن كانت إجارة عين فعلى المكتري، وإلا فعلى المكري.

وعن «تعليق أبي الطيب»: أن [مؤنة الرد على المستعير إن رد] على المستأجر، وهذا كله عند الإطلاق، أما أنه لو اكترى دابة وذكر أنها عارية لا أكاف ولا غيره فليس عليه شيء من الآلات، قال في «الشرح الصغير»: بلا خلاف.

تنبيه: الإكاف: بكسر الهمزة وضمها، قال في «الفصيح»: وهو البرذعة، وقال غيرهم، وقيل: ما يشد فوق البرذعة من بعض أدواتها.

قال في «المشارق»: والبرذعة: الحلس الذي تحت الرجل، قاله الجوهري هنا، وقال في حلس الجليس للبعير كسار فيكون تحت البرذعة والحزام والثفر معروفان، والبُرة: بضم الباء وتخفيف الراء الحلقة تجعل في أنف البعير، والخطام: بكسر الخاء هو الزمام وهو الخيط الذي يشد في البرة ثم يشد في طرفه المقود بكسر الميم.

قال: (**وَعَلَى الْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظَلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا**) عملًا بالعرف، وجزم السخاوي بأن الحبل الذي يشد به المحمل على البعير على المكري.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه على الحمال باتفاق أصحابنا لا من آلة التمكين، وحكى في الحبل الذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر وجهين.

قال: (**وَالْأَصَحُّ فِي السَّرْجِ اتِّبَاعُ الْعُرْفِ**) والثاني أنه على المؤجر كالإكاف والثالث المنع؛ لأن العادة مضطربة فيه، ولم يرجح في «الشرحين» شيئًا، وجعل

وَظَرْفُ الْمَحْمُولِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ، وَعَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا، وَإِعَانَةُ الرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ، ....

في «المحرر» الأشبه اتباع العرف، وسبق أنه عند الإطلاق يركبه على ما شاء، وأنه ينبغي تأمله مع هذا وجزم الْمُتَوَلِّي بأن السرج واللجام على المؤجر، وقال الدارمي: السرج على الراكب إلا أن يكون عرفًا كالحمر تركب بالعراق، وسبق أن هذا كله عند الإطلاق، فلو قال: أكريتك هذه الدابة العارية لم يلزمه شيء.

إشارة: ربما أفهم كلام المصنف أنه إذا أكرى دابة للركوب أنه لا يجب التعرض لما يركب عليه سواء جعلناه عليه أو على المكتري بل يكفي الإطلاق، ويركب على ما يليق بالحال كما سبق وفي «البحر» الجزم بأنه إذا اكترى بهيمة للركوب لا بُدَّ أن يبين أنه يركبها على الإكاف أو السرج أو الزاملة لتفاوته، واختلاف الغرض والأجرة بذلك في العادة.

قال: (**وَظَرْفُ الْمَحْمُولِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ**) لإلزامه النقل فلتهيئ أسبابه، ولأنه العادة، وعلى المكري في إجارة العين؛ إذ ليس عليه إلا تسليم الدابة خاصة.

قلت: ومؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها وأجرة الخفر وحفظ المتاع بالمنزل والدلو والرشاء في الاستئجار لاستيفاء الظرف هذا هو المشهور، ورواه طريقة للقاضي الحسين ويفصل ويصرف للإمام يعرف بالمراجعة، وأطلق الدارمي: أنه إن شرط كون المكري معه في السوق والاستدلال عليه وإن لم يشرط فالدليل على الراكب، وقال الْمُتَوَلِّي بعد جزمه بالتفصيل في الدليل والخفير وحامل المتاع في المنزل: وأما حفظ الدابة فعلى صاحبها إلا أن يكون قد سلمها إليه يسافر عليها وحده، فيلزمه الحفظ صيانة لها كالوديعة لا بحكم إجارة.

قال: (**وَعَلَى الْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ، وَعَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ**) أي: بنفسه أو نيابة.

(**لِتَعَهُّدِهَا وَإِعَانَةُ الرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ**) أي: مراعاة

وَرَفْعُ الْمَحْمِلِ وَحَطُّهُ، وَشَدُّ الْمَحْمِلِ وَحَلُّهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكْتَرِي وَالدَّابَّةِ.

للعادة فيبيح المعير للمرأة وللضعيف بمرض أو هرم أو سمن مفرط ونحوها، ويعلف البغل والحمار من تبن ونحوه ليسهل عليه الركوب، والعبرة في القوة والضعف بحالة الركوب لا بحالة العقد كذا جزما به، ولا يخلو عن نظر.

قال في «البحر»: لو كان الرجل قويًا يمكنه الركوب والنزول لم يلزمه الإباحة له فإن احتاج إلى معين يرفع رجله فعلى المكري معاونته، وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان على البعير ما يتعلق به لركوبه تعلق به وركب وإلا شبك الحمال له بين أصابعه ليرقى عليها ويركب.

قال: (**وَرَفْعُ الْمَحْمِلِ وَحَطُّهُ، وَشَدُّ الْمَحْمِلِ وَحَلُّهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكْتَرِي وَالدَّابَّةِ**) أي: لأنه العرف وكذا شدّ أحد المحملين إلى الآخر، وهو ما على الأرض على الأصح.

قال: (**وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكْتَرِي وَالدَّابَّةِ**) أي: فلا يلزم إعانته في ركوب وحمل. وقيل: أجاز فيها وبه جزم الْمَاوَرْدِي، وقيل: في إجارة الذمة إن وقعت على التبليغ كألزمت ذمتك بتبليغي موضع كذا، وذكر الدابة تبعًا لذمة الإعانة، وإن وقعت على الدابة كألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا لم يجب، وارتضاه الإمام، وقيل: يجب الإعانة في الحمل مطلقًا في إجارة العين والذمة وصححه الْغَزَالِي لاطراد العرف به في الحمل واضطرابه في الركوب وفي دعوتي الاطراد في إجارة العين وقفة.

تتمات: عليه في إجارة الذمة الوقوف لينزل الراكب لقضاء الحاجة والطهارة والوضوء وصلاة الفرض وانتظار فراغه منها، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف ولا القصر ولا الجمع، وليس له الإبطاء ولا التطويل، ولو كان تطويله في شيء من ذلك عادة، قال الْمَاوَرْدِي: فللمكري الفسخ به، وكذا لو كان عسر الركوب إلا أن يأتي بغيره، وليس له النزول لما يتأتى فعله على الراحلة كأكل وشرب ونافلة، وليس للمكري منعه النوم في وقته المعتاد، وله منعه في غيره؛ لأن النائم يتصل في لزوم الرجل القوي النزول، والمعتاد

وَتَنْفَسِخُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ بِتَلَفِ الدَّابَّةِ، وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بِعَيْبِهَا، وَلَا خِيَارَ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، بَلْ يَلْزَمُهُ الْإِبْدَالُ، وَالطَّعَامُ الْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبْدَلُ إِذَا أُكِلَ فِي الْأَظْهَرِ.

للإراحة وفي العقاب وجهان تعارض اللفظ والعادة.

قال الشيخ: وينبغي أن يكون الأصح وجوبه في العقبة فقط، وجعله القاضي الحسين للراحة أقيس، وصححه الفارقي، والأصح في «البسيط» عدمه، وهو الظاهر، ولا يجب النزول على المرأة والمريض والشيخ العاجز.

قال الشيخ: وينبغي أن يلحق بهم من له وجاهة ظاهرة وشهرة تخل بمروءته في العادة المطردة.

قال: (**وَتَنْفَسِخُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ بِتَلَفِ الدَّابَّةِ**) أي: لفوات المعقود عليه.

(**وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بِعَيْبِهَا**) أي: المفارق والطارئ، والمراد العيب المؤثر في المنفعة للتضرر به لا كل عيب، ولو لم يعلم العيب في إجارة العين إلا بعد انقضاء المدة فإن الخيار وله الأرش، وإذا علم به في أثناء المدة وفسخ، وقلنا: لا ليفسخ فيما مضى، فينبغي أن يجب الأرش أيضًا، وإن رضي بالعيب فلا أرش للمستقبل قطعًا، وفيما مضى نظر.

قال: (**وَلَا خِيَارَ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، بَلْ يَلْزَمُهُ الْإِبْدَالُ**) كما لو وجد بالمسلم فيه عيب، قال الفارقي: العبارة الصحيحة أن يقال: برده ويطالب بما في الذمة، وكذلك السلم فيه.

فائدة: حاصل «الروضة» أنه ليس له إجارة العين المؤجرة قبل قبضها من أجنبي، ويجوز من المؤجر على الأصح، ثم قال في موضع: لو أراد أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة قبل التسليم لم يجز، أو بعده جاز، هكذا قال الأئمة.

ثم قال: بعد لو أراد أن يستبدل عن المنفعة فإن كانت إجارة ذمة لم يجز، وإن كانت إجارة عين قال الْبَغَوِي: هو كما لو أجر العين المؤجرة من المؤجر، والأصح الجواز إن جرى بعد القبض، انتهى. فتأمل هذا الاضطراب، وربما سبق في البيوع ما ينبغي مراجعته.

قال: (**وَالطَّعَامُ الْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبْدَلُ إِذَا أُكِلَ فِي الْأَظْهَرِ**) إذا شرطا ببدل

فَصْلٌ

يَصِحُّ عَقْدُ الْإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِبًا، ....

كلما نقص أو لا ببدل اتبع الشرط في الأمان تلف بعضه أو كله فسرقة ونحوها أبدل بغيره جزمًا، وإن فني كله بالأكل أبدل على الصحيح للعادة، أو بعضه أبدل على الأظهر كما لو سرق أو تلف، والثاني: لا للعرف، وموضع الخلاف إذا كان يجده في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذي هو فيه فلو لم يجده أو وجده بأعلى، فله الإبدال قطعًا كذا في «التنبيه» و«النهاية» وغيرهما، والمختار أنه إن شرط قدرًا يبلغه الطريق كله فلا إبدال مادام الباقي كافيًا ليعينه طريقه لأنه العرف، وعادة أكثر الحجيج ولا وجه للخلاف فيه، وإن شرط قدرًا يعلم أنه يكفيه لسفره ونحوها أبدل، ولعل الخلاف في هذا القسم، وهذا كله عند الإطلاق فإن شرط شيئًا كما سبق ولو شرط قدرًا ولم يأكل منه شيئًا فهل المكري على العادة؟

قلت: وهو المختار الأقوى لاطراد العرف به نعم إنما جرت العادة بأكل الحجيج في البرية بما معهم، فأما ما داموا في العمران فلا، بل يأكلون من غيره.

فرع: قال ابن الْقَطَّان: لو حمل التاجر متاعًا يبيعه في طريقه فباع بعضه هل له أن يسأل؟ هذا إن يحمل على هذا العرف، ويجيء أن يقال هو مثل الزاد. انتهى.

قال: (**فَصْلٌ: يَصِحُّ عَقْدُ الْإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِبًا**) أي: سواء فيه المطلق والوقف إذا لم يمكن له شرط؛ لأنها تجوز إلى سنة وفاقًا، وما جاز إليها جاز إلى أكثر منها كالأجل في البيع والمرجع في المدة التي تبقى فيها العين إلى أهل الخبرة، قالا تبعًا للبغوي: فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر عشر سنين، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به، والأرض مائة سنة فأكثر، وقال ابن كج: يؤجر العبد إلى تمام مائة وعشرين سنة من عمره. انتهى.

وقال الجرجاني: يؤجر الثوب سنة، والدابة عشر سنين، والدار مائة سنة، والأرض ما شاء، وعن الشيخ أبي حامد: يؤجر العبد ستين سنة، والدابة

وَفِي قَوْلٍ لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ وَفِي قَوْلٍ ثَلَاثِينَ، ....

خمس عشرة إلى عشرين سنة، والدار مائة سنة إلى مائة وخمسين، والأرض خمسمائة سنة فأكثر، وأكثر ما يبيع بثمن مؤجل إلى هذا القدر. انتهى.

ونقلا في النوع عن الرُّويَانِي: أنه لا يصح أن يؤجل بألف سنة إذ يبعد بقاء الدنيا إليها، وفي «الشامل» أنه يصح إجارة الأرض ألف سنة، قيل: كالبيع والأجل، ورأيت في «الكافي» عن الْقَفَّال: أنه يصح إجارة ألف سنة، وعن القاضي الحسين المنع، والله أعلم.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ**) لأن الإجارة جوزت للحاجة، وهي تندفع بسنة.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ ثَلَاثِينَ**) لأنها شطر العمر الغالب، والغالب تعيين الأشياء بعدها فلا حاجة إلى الزيادة عليها، وهو وما قبله ضعيفان، وقيل: يجوز أن يؤجر مدة لا تبقى العين فيها غالبًا؛ لأن الأصل الدوام، وصححه في «البسيط»، وقال القاضي الحسين وتبعه الْمُتَوَلِّي: أجمع الحكام أنه لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس.

وقال السرخسي: المذهب منع إجارته أكثر من سنة، وهما غريبان.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي هنا: أقل مدة تؤجر الدار للسكنى يومًا، وذكر في غصب الدار المؤجرة أن المدة التي ليس لمثلها أجرة ثلاثة أيام فما دونها، وهذا تناقض، وينبغي أن تجوز بعض يوم مقدر، وقيل: يفرق بين النفيسة والخسيسة.

فرع: إذا أجر سنتين، فهل يجب تقدير حصة كل سنة؟ الأظهر: لا، وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنتين، والثاني: نعم، ويحكى عن رواية الربيع وحرملة والْمُزَنِيّ وفي «الجامع» وممن رجحه الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الحداد والفارقي، وفيه إشكال ذكرته في «الغنية».

فرع: المشهور أن إطلاق السنة محمول على الهلالية، وقال شُرَيْح في «روضته»: إذا أطلق هل يصح، وينصرف إلى الهلالية أو لا يصح أو ينصرف إلى العددية؟ ثلاثة أوجه حكاها جدي.

وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ فَيُرْكِبُ وَيُسَكِّنُ مِثْلَهُ، ....

قال شُرَيْح: وعندي أنه إن كان عرف الناس في ذلك البلد الهلال انصرف إليه أو العددي انصرف إليه، فإن جرى العرف بهما انصرف إلى الأغلب، فإن استويا لم تصح الإجارة، وما قاله متعين.

قال: قال الْبَغَوِي: لو قال في أثناء: أجرتك هذه السنة ينصرف إلى ما بقي منها، قال في «الكافي»: وكذا لو قال: هذا الشهر ينصرف إلى ما بقي منه، قال الْبَغَوِي والمتولي: لو قال: أجرتك شهرًا من هذه السنة فإن لم يكن بقي منها إلا شهر صح، فإن بقي أكثر منه قال في «الكافي»: أو أول لم يصح، وقيس بذلك قوله شهرين أو ثلاثة وهكذا.

فائدة: لا بُدَّ من تقدير المنفعة بعمل مضبوط أو بمدة معلومة، ويغتفر ذلك في صور:

منها: استئجار الإمام للأذان كل شهر بكذا، أو استأجره الذمي للجهاد لا يفتقر إلى بيان مدة، ولإثبات إيجار وقدرها كما صرحوا به هناك، والظاهر أن الحكم لذلك في استئجار الآحاد في الصورة التي ذكرها الإمام، وإذا صححنا استئجار الآحاد للأذان اغتفر بيان المدة على وجه.

قال: **(وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ)** لم يصح، وقيل: يصح، وبلغوا الشرط يصح، وحكاها الْعِمْرَانِي وغيره واختار الإمام الثاني، ومظهر جريان الأوجه في قوله: بنفسك، وإن لم يقل دون غيرك، وبالفساد فيها جزم في «الكافي».

قال: **(فَيُرْكِبُ وَيُسَكِّنُ مِثْلَهُ)** دون غيره أي: ودونه فيركب مثله طولًا وقصرًا وضخامةً ونحافةً، ومن هو دونه، وينبغي أن يراعى في اللباس المماثلة في النظافة ونحو ذلك.

قال الْغَزَالِي: إذا شرط ألا يؤجر الأرض المستأجرة فسد العقد، قيل: والأشبه الصحة أو يقال: إنما تجوز إن كان مثله، أو كان حيث لا ينفرد الراكب أو المستأجر بالبديل ينتفع بها في يد المالك أو بإذنه. انتهى. وهو حسن

وَلَا يُسَكِّنُ حَدَّادًا وَقَصَّارًا، وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يُبْدَلُ، وَمَا يُسْتَوْفَى بِهِ كَثَوْبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخَيَّاطَةِ وَالِارْتِضَاعِ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي الْأَصَحِّ.

لكن ظاهر كلامهم يأباه، نعم يجب الجزم بأنه ليس للمكتري تسليم العين إلى غير أمين بغير إذن المكري.

قال: (**وَلَا يُسَكِّنُ حَدَّادًا وَقَصَّارًا**) أي: لزيادة الضرر، قال في «البيان»: إلا إذا قال لتسكنها وتسكن من شئت فله ذلك، وَأَضَرُّ من يسكن للإذن.

قلت: وفيه نظر إذ يراد بمثل هذا التوسعة بلا إضرار لا الإذن في الضر، ولا الأضر فلا يظهر جوازه مع التردد ولا سيما إذا كانت الدار نفيسة لا يليق سكناها بحداد ونحوه، وهذا في المؤجر عن نفسه أما عن غيره فلا يجيء ما قاله أصلًا، وقول المصنف مثله لم يفتحوا بحقيقة هذه المثلية، والأشبه تنزيله على من ضرره بالدار ونحوها لأن ضرر المكتري دونه.

قال: (**وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يُبْدَلُ**) أي: لا يجوز إبداله كما لا يبدل المبيع. ورأيت في «فروق» الجويني أنه لا يجوز في إجارة العين أن يعمل العمل عن الأجير على نية الاستنابة إلا بإذن المستأجر، وسبق عن الْبَغَوِي ما سبق، وقوله: معنية الظاهر أنه أراد المؤجر إبدالها بغير رضاه، فالأصح عند الجمهور المنع، وأما بالتراضي فجائز قطعًا، وسبق ما في الإدلال عن المأجور المعين في العقد.

(**وَمَا يُسْتَوْفَى بِهِ كَثَوْبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخَيَّاطَةِ وَالِارْتِضَاعِ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وإن لم يرض الأجير؛ لأنه ليس بمعقود عليه، وإنما هو طريق للاستيفاء فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل، والثاني: لا يجوز كالمستوفى منه ورجحه العراقيون، ونسبه في «الشامل» إلى الأصحاب، وحكى الخلاف قولين، والخلاف جار في انفساخ العقد بتلفه.

قال العراقيون: والمنصوص من الانفساخ، وقال: في «خلع الروضة»: إنه المذهب، والمنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور، وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي كالموت. انتهى.

وَيَدُ الْمُكْتَرِي عَلَى الدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ وَكَذَا بَعْدَهَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً اكْتَرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا انْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبْلٌ فِي وَقْتٍ لَوْ انْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا الْهَدْمُ.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب صح، ويعين بالإجماع، وكذا لو قال: ألزمت ذمتك حمل هذا المتاع، فإنه يتعين فلو هلك بطل العقد، ونص الشَّافِعِي على هذا الصداق.

إشارات: أشار المصنف بقوله: عين إلى ما نقلاه عن الشيخ أبي علي أن موضع الخلاف فيما إذا لزم ذمته خياطة ثوب بعينه أو حمل متاع بعينه أما لو استأجر دابة بعينها مدة لركوب أو حمل متاع فلا خلاف في جواز إبدال الراكب والمتاع، وفي أن العقد لا ينفسخ بهلاكهما، وكذا ذكر نحوه الإمام، وبنى بعضهم الخلاف على الخلاف في الانفساخ بتلف العين مؤنة الرد، وقد نورد عليه ذلك، ويجاب عنه أنها أمانة شرعية فلا يتقاضها وجوب الرد، والحاصل أوجه: أحدها: أنها أمانة يجب ردها، وثانيها: الواجب التمكين منها، وثالثها: مضمونة واجبة الرد، وهذا كله إذا لم يجز بشرط الرد، فإن شرطه قال القاضي أبو الطيب: لزمه بلا خلاف، ومنعه ابن الصباغ.

وقال: من لا يوجبه عليه ينبغي المنع بشرطه، وهذا ما حُكي عن تصريح القاضي الحسين والإمام والعبادي في «الزيادات» حيث قال: وإذا شرط الرد عند انقضاء المدة فالإجارة فاسدة، وبنى على الخلاف وأجرة المنافع التالفة في يده بعد المدة إن ألزمناه الرد ضمنها وإلا فلا، كذا قاله الرَّافِعِي، وينبغي أن يقال: إن ضَمَّناه العين ضمناه الأجرة، وإلا فلا.

قال: (**وَيَدُ الْمُكْتَرِي عَلَى الدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ وَكَذَا بَعْدَهَا فِي الْأَصَحِّ وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً اكْتَرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ**) أي: وغيرها كاستيفاء وحرث ودرس.

(**وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا انْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبْلٌ فِي وَقْتٍ لَوْ انْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا الْهَدْمُ**) هذا إذا كان المعهود في مثل ذلك الوقت لكان في الطريق؛ لأن

وَلَوْ تَلِفَ الْمَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلَا تَعَدٍّ كَثَوْبٍ أُسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْ صَبْغِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ، وَكَذَا إِنْ انْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ،

التلف حصل بربطها فيه، فالأول إن كان المعهود في مثل الوقت أن يكون تحت السقف لجنح الليل من الشتاء فلا ضمان، وطرح ذكر الشتاء من «الشرح الصغير» وهذا التفصيل ذكره القاضي الحسين وتبعه الإمام، ونسبه الْغَزَالِي إلى الأصحاب، واستشهد له في باب الوديعة بنص الشَّافِعِي، وجرى عليه الشيخان مع التفصيل.

قال شارح: ولا بد من زيادة في الوقت المذكور بأن تكون العادة جارية بالانتفاع فيه، وعدم الربط ليجعل الربط سببًا للتلف، ولم أر هذه المسألة لغير القاضي الحسين وللنظر فيها مجال، والمتجه من جهة الفقه أنه إن كان بسبب في الربط بتفريط صارت مضمونة عليه تلفت أم لا، وإلا فلا يضمنها تلفت أو لم تتلف، وليس تركه حقه من الانتفاع سببًا مضمنًا، هذا في ضمان الخيانة، فضابطه أن يتسبب التلف إلى فعله، فإن انقضت العادة إن ربطها ذاك الوقت غير مأذون فيه، ولكنه ليس تفريطًا يضمن بالجناية عند التلف دون غيره، وعلى هذا يحمل كلام القاضي من وافقه. انتهى.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ الْمَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلَا تَعَدٍّ كَثَوْبٍ أُسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْ صَبْغِهِ**) أي: بفتح الصاد (**لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ**) لأن المال غير مسلم إليه حقيقة، وإنما استعان المالك به في تشغيله كالوكيل، وقوله: بأن قعد إلى آخره بيان لقوله: إن لم ينفرد، قال القاضي الحسين: وكذا لو حمله المتاع أو متى خلعه، هذا ما أورده الجمهور، وقيل: يطرد الخلاف الآتي هنا.

قال: (**وَكَذَا إِنْ انْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ**) كالمستأجر، وكعامل القراض، والمرتهن، ومنه من قطع بهذا، قال الربيع: اعتقاد الشَّافِعِي أن الأصحاب على الأخير، وأن القاضي يقضي بعلمه؛ ولكن فإنه لا يبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء.

وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُشْتَرَكُ، وَهُوَ مَنْ الْتَزَمَ عَمَلًا فِي ذِمَّتِهِ، لَا الْمُنْفَرِدُ، وَهُوَ مَنْ آجَرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ، وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إلَى قَصَّارٍ لِيُقَصِّرَهُ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ أُجْرَةً فَلَا أُجْرَةَ لَهُ، وَقِيلَ لَهُ، وَقِيلَ إنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ الْعَمَلِ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ.

والثاني: يضمن كالمستعير والمستأمن.

قال: (**وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُشْتَرَكُ، وَهُوَ مَنْ الْتَزَمَ عَمَلًا فِي ذِمَّتِهِ**) أي: كعادة الخياطين والصائغين والنساجين والقصارين وغيرهم.

(**لَا الْمُنْفَرِدُ، وَهُوَ مَنْ آجَرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ**)؛ لأن منافعه مختصة بالمستأجر فيده كيد الوكيل مع الموكل، ولأن استحقاقه الأجرة لا تتوقف على العمل؛ بل على التمكين منه فلم يكن العمل وأفعاله بخلاف المشترك فإنه لا يستحق إلا بالعمل.

تنبيه: ما ذكره من تفسير المشترك والمنفرد هو الأصح، ورواه وجه ضعيف نعم قوله في المنفرد: وهو من أجر نفسه مدة معينة ينبغي حذف قوله: «مدة معينة» وإن كان قد ذكره إذ المأخذ كونه أوقع الإجارة على عينه، وقد يكون على عمل من غير تقدير مدة.

قال: (**وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إلَى قَصَّارٍ لِيُقَصِّرَهُ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ**) أي: وغير ذلك.

(**وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ أُجْرَةً فَلَا أُجْرَةَ لَهُ**) لأنه لم يلتزم له شيئًا فصار كقوله: «أطعمني» فأطعمه، قال في «البحر»: ولأنه لو قال: أسكني دارك شهرًا فأسكنه لا يستحق عليه أجرة بالإجماع، وهذا هو المنصوص وقول الجمهور.

(**وَقِيلَ لَهُ**) أي: أجرة المثل؛ لأنه استهلك عمله فضمنه.

(**وَقِيلَ إنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ الْعَمَلِ**) أي: بالأجرة (**فَلَهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ**).

قلت: وعليه الإجماع الفعلي والعادة مطردة به وفي عارية «الوسيط» أنه الأظهر، وجزم به في «الوجيز» هناك.

قال في «البحر»: وبه أفتى، وقال أبو إسحاق: إن سأله المالك العمل

وَلَوْ تَعَدَّى الْمُسْتَأْجِرُ بِأَنْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ ....

استحق أو بالعكس فلا، وقيل: بالعكس كذا رواهما الدارمي في باب الآنية، وقيل في كتاب «الغصب» من «النهاية»: إنه إن كان معروفًا بأخذ الأجرة استحق وإلا اختلف الأمر بالرتبة فإن كان مثله لا يطلب عوضًا فلا عوض وإلا وجب، وشهد بالخلاف في الهبة المطلقة واقتضائها الثواب، ويخرج مما حكي عن الشيخ أبي محمد والجعالة إن الأخذ هنا إن قصد الاعتياض استحق، وإلا فلا، وإن صح هذا حصل من تعينه أوجه في المسألة.

تنبيهات: احترز بقوله: «ولم يذكر أجرة» عما لو ذكرها، فإن كانت صحيحة؛ فالمسمى وإلا فأجرة المثل وكذلك الحكم لو عرض له بها كاعمل وأنا أرضيك، أو لترى مني ما يسرك ونحو ذلك ذكره الْعِمْرَانِي وغيره، فإن الأفضل الأسهل أن يقول: فإن عمل لغيره عملًا بإذنه لم يستحق أجرة على النص ليشمل كل صانع، ذكر في «الروضة» آخر الباب أنه لو استأجره لعمل ثياب معلومة فحملها إليه حمَّال فإن شرطت أجرته على أحدهما فذاك وإلا فهي العيان؛ لأنه من تمام العمل، وعبارة الرَّافِعِي: فإن لم يجز شرط فعلى القصار.

قلت: وكان التصوير فيما لو تنازعا في حملها قيل: نقلها أما لو حملها حمَّال أو لا من غير ذكر أجرة، فلا أجرة له على الصحيح، والفرع من «زيادات العبادي» ولعله من يحتج إلى خلاف المرجح، قيل: استثنى الشَّاشِي إذ تبعه الإمام، ولم يذكر له أجرة، ولو دخل حمامًا بلا إذن لزمه الأجرة أو بإذن فعلى الخلاف، قاله الْمَاوَرْدِي، وأطلق الْغَزَالِي والرافعي وجوب الأجرة.

قال: ولا يخرج على الخلاف لاستيفاء المنفعة بنفسه وأبدى التفصيل في «شرحه الصغير» بحثًا والأشبه أن عدم استحقاق الصانع الأجرة محله إذا كان حرًّا مطلق التصرف، أما لو كان عبدًا أو محجورًا عليه لسفه فلا؛ إذ ليسا من أهل التبرع، ولم أر فيه نصًّا.

قال: (**وَلَوْ تَعَدَّى الْمُسْتَأْجِرُ بِأَنْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ**) أي: باللجام.

أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ أَوْ أَسْكَنَ حَدَّادًا أَوْ قَصَّارًا ضَمِنَ الْعَيْنَ، وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى لِحَمْلِ مِائَةِ رِطْلٍ مِنْ حِنْطَةٍ فَحَمَلَ مِائَةً شَعِيرًا أَوْ عَكَسَ أَوْ لِعَشَرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً دُونَ عَكْسِهِ.

وَلَوْ اكْتَرَى لِمِائَةٍ فَحَمَلَ مِائَةً وَعَشَرَةً لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ، ....

(أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ أَوْ أَسْكَنَ حَدَّادًا أَوْ قَصَّارًا ضَمِنَ الْعَيْنَ) أي: لتعديه ولو أفضى الضرب المعتاد إلى التلف لم يضمن بخلاف ضرب الزوجة لإمكان تأديبها بغيره، وعادة الضرب تختلف في حق الراكب والرائض والراعي فكلٌّ يراعى فيه عادة أمثاله، ويحتمل من ضرب الرائض ما لا يحتمل من ضرب غيره.

قال: **(وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى لِحَمْلِ مِائَةِ رِطْلٍ مِنْ حِنْطَةٍ فَحَمَلَ مِائَةً شَعِيرًا أَوْ عَكَسَ)** لأن الحنطة أكثر فيجتمع ثقلها في مكان واحد، والشعير أخف فيأخذ من ظهر الدابة أكثر.

قال القاضي الحسين: وسواء تلفت بذلك السبب أو بغيره لأن يده بعد ذلك يد عدوان والحنطة والشعير مثال لكن مختلفين في الضرر.

قال: **(أَوْ لِعَشَرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً)** لأنها أثقل، والأقفزة: جمع قفير مكيال معروف يسع اثني عشر صاعًا.

قال: **(دُونَ عَكْسِهِ)** أي: وهو أن يكتري لحمل عشرة أقفرة حنطة فحمل عشرة من شعير؛ لأن حجمهما سواء والشعير أخف.

قلت: وهذا ظاهر إذا لم يجعل على رأس المكيال شيء من الحب، فإن جعل كـ«الشام» فإنه يحمل من الشعير أكثر من الحنطة فلا يكون في الحجم سواء.

فرع: اكترى ليركب بسرج فركب بلا شيء أو عكسه ضمن لضرر الأولى وزيادة الثانية.

قال: **(وَلَوْ اكْتَرَى لِمِائَةٍ فَحَمَلَ مِائَةً وَعَشَرَةً لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ)** أي: لتعديه بها وأخذها هذا هو الأظهر.

والثاني: يلزمه أجرة المثل للجميع وهو الأصح في «البحر».

وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا، فَإِنْ كَانَ ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ وَفِي قَوْلٍ نِصْفَ الْقِيمَةِ، وَلَوْ سَلَّمَ الْمائَةَ وَالْعَشَرَةَ إِلَى الْمُؤَجِّرِ فَحَمَّلَهَا جَاهِلًا ضَمِنَ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ وَلَوْ وَزَنَ الْمُؤَجِّرُ وَحَمَّلَ فَلَا أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ، وَلَا يَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ.

والثالث: يتخير بين المسمى وما حصل للدابة من نقص وبين أجرة المثل.

والرابع: يتخير بين المسمى وبين أجرة المثل للجميع.

قيل: أشار بقوله: «وعشرة» إلى أنه لو حمل زيادة يتسامح بها فإنه لا أجرة ولا ضمان وهو كذلك.

قال: **(وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا)**؛ لأنه صار غاصبًا بحمل الزيادة؛ لأنها تلفت من مستحق وغيره فأخذ بتعدد الخيانة.

إشارة: قوله: «بذلك» يوهم أنها لو تلفت بغيره لم يضمنها، وليس كذلك لما ذكرناه.

قال: **(فَإِنْ كَانَ)** أي: صاحبها معها **(ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ)**.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ نِصْفَ الْقِيمَةِ)** كما لو جرحه واحد جراحةً وآخر جراحات وصححه الشيخ أبو محمد، وقيل: الواجب القسط قطعًا وفرق بتيسير التوزيع هنا بخلاف الجراحات، وحكى قول أدرجه أنه يضمن كمال القيمة كما لو انفرد باليد.

قال: **(وَلَوْ سَلَّمَ الْمِائَةَ وَالْعَشَرَةَ إِلَى الْمُؤَجِّرِ فَحَمَّلَهَا جَاهِلًا)** أي: بالزيادة بأن قال له: هي مائة فظن صدقه **(ضَمِنَ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ)** كما لو حمله بنفسه؛ لأن المكتري ملجأ إلى الحمل شرعًا فيأتي فيه ما تقدم.

وقيل: إنه على القولين في تعارض الغرور والمباشرة.

قال: **(وَلَوْ وَزَنَ الْمُؤَجِّرُ وَحَمَّلَ فَلَا أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ)** أي: سواء تعمد العمل أم غلط، علم المستأجر بالزيادة أم لا؛ لأنه لم يأذن في نقلها.

قال: **(وَلَا يَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ)** أي: الدابة إذ لا بُدَّ ولا تعدٍّ وتفاريع المسألة واضحة وبقي النقل والحمل ثلاثة أحوال أخرى نصًّا تدرك بمراجعة المبسوطات.

وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قَبَاءً وَقَالَ أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءً فَقَالَ بَلْ قَمِيصًا فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمَالِكِ بِيَمِينِهِ، وَلَا أُجْرَةَ عَلَيْهِ، وَعَلَى الْخَيَّاطِ أَرْشُ النَّقْصِ.

تنبيهات: ما سبق فيما إذا اتفقا على الزيادة وعلى أنها للمكري فإن اختلفا في أصلها وقدرها صدِّق المنكر بيمينه، ولو ادعى المكتري أن الزيادة له والدابة بيده صدق بيمينه، وإن لم يدعها واحد منهما تركت بيد من هي بيده ولا يلزم المكتري أجرتها، لو وجد المحمول ناقصًا عن المشروط فإن كان قدرًا يقع بين الكيلين فلا أنزله وإن كان أكثر، قال الْمُتَوَلِّي: إن كان المكري قد كاله حط من الأجرة بقسطه إن لم يعلم المكتري فإن علم فإن كانت إجارة ذمة فكذلك؛ لأنه لم يف بالشروط، وإن كانت إجارة عين؛ فالحكم كما لو كان المستأجر بنفسه ونقص فلا يحط شيء من الأجرة؛ لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل وذلك كافٍ في تقدير الأجرة.

قلت: هكذا نقلاه وقوله: «حط من الأجرة بقسطه» إن كانت أزيد بالتراضي فسخ العقد فيما بقي فذاك وإلا فالقياس أنه يلزمه نقل ما نقص، وهل للمستأجر الخيار عند التصرف بذلك؟ الأشبه نعم فتأمله.

قال: (**وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قَبَاءً وَقَالَ أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءً فَقَالَ بَلْ قَمِيصًا فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمَالِكِ بِيَمِينِهِ**) لأنه المصدَّق في أصل الإذن فكذا في صفته، والثاني: تصديق الأجير؛ لأنهما اتفقا على إذنه في القطع، والظاهر أنه لا يتجاوز إذنه والأصل براءة ذمته من الغرم، هذا أصح الطرق عند الشيخين وغيرهما، ومن الأصحاب من لم يثبت هذين القولين، ومنهم من قطع بالأول، ومنهم من نقل ثلاثة أقوال: ثالثها: يتحالفان وصححه جماعة، ومنهم من قطع به، ومنهم من قال: جرى بينهما عقد تحالفا وإلا ففي المصدق قولان.

قال: (**وَلَا أُجْرَةَ عَلَيْهِ**) أي: بعد حلفه؛ لأن العمل يصير غير مأذون فيه.

(**وَعَلَى الْخَيَّاطِ أَرْشُ النَّقْصِ**) أي: قطعًا، وادعى الإمام الاتفاق عليه؛ لأنه إذا انتفى الإذن فالأصل الضمان، وقيل: في وجوبه وجهان ثم في الأرش الواجب وجهان، وقيل: قولان أحدهما: ما بين قيمته صحيحًا ومقطوعًا.

فَصْلٌ

لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِعُذْرٍ كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ وَسَفَرٍ وَمَرَضِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِزِرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ وَلَا حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْأُجْرَةِ، وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالْأَجِيرِ الْمُعَيَّنَيْنِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا الْمَاضِي فِي الْأَظْهَرِ،

قال الفارقي: وهو الصحيح، والثاني: ما بين قيمته مقطوعًا قميصًا ومقطوعًا قباءً، وضعفه ابن الصباغ وغيره؛ لأنه بالعدول عن القميص ضمن بالقطع من أصله فعلى الثاني إن لم ينقص فلا شيء عليه وفي استحقاقه الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص وجهان، قال ابن أبي هريرة: نعم، وبه جزم الْبَغَوِي وغيره، وقال الرُّويَانِي وغيره: إنه ليس بشيء؛ لأنه لم يقطعه للقميص، وأصحهما المنع ونقله الْعِمْرَانِي عن النص.

قال: (**فَصْلٌ لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِعُذْرٍ كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ وَسَفَرٍ وَمَرَضِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ**) أي: ونحوها إذ لا خلل في المعقود عليه وكما لو اكترى غريب دارًا ثم بدا له العود إلى وطنه.

قال: (**وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِزِرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ**) أي: أصابه وحده كسيلٍ أو جرادٍ وفأرٍ ونحوها.

(**فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ وَلَا حَطُّ شَيْءٍ مِنْ الْأُجْرَةِ**) بلا خلاف؛ لأن الجائحة ألحقت زرع المستأجر لا منفعة الأرض فأشبه الزاد المكري يحترق بزه، ثم إن أمكن أن يزرع زرعًا آخر أو ينتفع بها بما ضرره ضرر والزرع والمسمى يستقر في كل حال، أما لو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات في مدة الإجارة انفسخت في المدة الباقية، ثم إن ذلك بعد فساد الزرع ففي استرداد شيء من الأجرة احتمالات للإمام، وصحح الْغَزَالِي المنع وجزم بعض أصحاب والإمام بمقابله، وإن فسدت الأرض أولًا فأصح الاحتمالين وفاقًا للاسترداد.

قال: (**وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالْأَجِيرِ الْمُعَيَّنَيْنِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ**) لفوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها.

قال: (**لَا الْمَاضِي فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لاستقراره بالقبض.

فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ الْمُسَمَّى، وَلَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ ....

اعلم أن طريقة القولين ضعيفة والمذهب القطع بالمنع وأنهما والجمهور قالوا هنا: فيه الطريقان فيما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل قبضه والمذهب فيها ذلك، وكذا قال في «المنهاج» هناك.

قال مفرعًا على المذهب: الأظهر.

(**فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ الْمُسَمَّى**) أي: تفريقًا على أنه لا خيار له وهو الأصح في «الشرح الصغير» وقال في «الكبير» و«الروضة»: أصحهما عند الإمام والبغوي: لا، والثاني: نعم، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون.

قلت: ومنهم الْبَنْدَنِيجِي والجرجاني والعمراني والقاضي الحسين في موضع، ورجحه في آخر كما قال ابن الرِّفْعَة.

وقال في «البحر»: إن كانت الأجرة عرضًا فله الخيار لتضرره بالتبعيض، وإن كانت نقدًا فلا، ومنهم من خرَّجه على وجهين، انتهى. والتفصيل حسن غريب.

تنبيهات: لا يخفى أن ما ذكرناه فيما إذا كان بعد القبض، ومضى مدة لمثلها أجرة وإلا فينفسخ في الجميع، قال القاضي الحسين: الاعتبار بتقويم المنفعة حالة العقد لا بما بعده، انتهى.

وطريقة التقويم أن تقوم المنفعة في المدتين، ويوزع المسمى عليها لا على المدتين، فإن ذلك يختلف إذ قد تزيد أجرة شهر على شهرين فأكثر لكثرة الرغبات فيه دون غيره، ولا فرق في كون الموت بآفة سماوية أو بغيرها، وقيل: إن الأجرة تستقر بإتلاف المستأجر كإتلاف المبيع، والفرق واضح واحترز المصنف بالمعينين عما في المدة.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ**) أي: أو أحدهما؛ لأنها عقد لازم كالبيع، وشذ أبو حنيفة فقال: تنفسخ بموت كل منهما.

إشارة: استثنى صور:

منها: لو أجر الموصى له بالمنفعة العين ثم مات؛ فإن الإجارة تبطل على

وَمُتَوَلِّي الْوَقْفِ، وَلَوْ آجَرَ الْبَطْنَ الْأَوَّلَ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا، أَوْ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لَا يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ فَبَلَغَ بِالِاحْتِلَامِ فَالْأَصَحُّ انْفِسَاخُهَا فِي الْوَقْفِ لَا الصَّبِيِّ.

الصحيح ونسبه أن يلحق المقطوع.

ومنها: لو أجر عبده المعلق عتقه بصفة فوجدت مع موته أو أم ولده؛ فالأصح انفساخها بموته، وكلام الشيخين في أول كتاب «الوقف» يفهم خلاف ذلك، وليس بجيد.

ومنها: استأجر من أبيه وأقبضه الأجرة ثم مات الأب والابن حائز سقط حكم الإجارة، فإن كان على أبيه دين ضارب مع الغرماء، ولو كان معه ابن آخر انفسخت الإجارة في حصة المستأجر، ورجع بنصف الأجرة في تركة أبيه.

قال: **(وَمُتَوَلِّي الْوَقْفِ)** أي: سواء فيه الحاكم ومنصوبه، والمشروط له النظر فيه مطلقًا؛ لأنه ناظر للجميع لا يختص تصرفه ببعض الموقوف عليهم، وحكي في الانفساخ وجه في ثبوته نظر فإن ثبت فهو في غير الحاكم أو أمينه كما اقتضاه كلام جماعة.

إشارة: لو كان الناظر على الجميع أخذ الموقوف عليهم فشبيه أن يأتي في الانفساخ في نصيبه خاصة ما يلقي في البطن الأول.

قال: **(وَلَوْ آجَرَ الْبَطْنَ الْأَوَّلَ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا، أَوْ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لَا يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ فَبَلَغَ بِالِاحْتِلَامِ فَالْأَصَحُّ انْفِسَاخُهَا فِي الْوَقْفِ)** أي: لأن المنافع بعد موته لغيره ولا ولاية له عليه ولا نيابة عنه.

(لَا الصَّبِيِّ) لأنه كان وليًّا حين تصرفه، وقد بناه على المصلحة فيلزم.

والثاني: لا تنفسخ في الوقف كما لو أجر ملكه ومات وتنفسخ في الصبي؛ لأنه بان أنه زاد على أجر ولايته.

تنبيهات: منها: وقع في كلام جماعة خبط في إجارة البطن الأول في «التحرير» في التصوير أن يكون الواقف قد جعل لكل فرد من كل بطن أن ينظر في نصيبه أو يقول: إن له النظر على وجه بعيد عند عدم الشرط والمذهب خلافه، ولو أذن له من له النظر العام فلا انفساخ؛ لأنه وكيل ,ومما ذكرناه يعلم

....

أن قول: «البطن الأول» ليس يفيد؛ بل كل البطون كذلك وصحح جماعة عدم الانفساخ، وبنى بانون الخلاف على أن البطن الثاني ممن تلقى الوقف.

ومنها: أطلق الشيخان قولهما فبلغ بالاحتلام، وقيده الْمَاوَرْدِي بما إذا بلغ رشيدًا، وهو قضية كلام القضاة الطبري والحسين والروياني، فإن بلغ سفيهًا استمرت على الوجهين، وإجارة ماله كإجارة نفسه فيما ذكرناه، ولو بلغ بالسن رشيدًا فإن كان ابن تسع فأجرة عشر سنين فطريقان، قالا: قال الجمهور: يبطل في الزائد، وفي غيره قولا تفريق الصفقة.

والثاني: القطع بالبطلان في الجميع.

قلت: وهو ما نقله الإمام والغزالي عن الأصحاب، ثم نقلا التفصيل عن القاضي الحسين ومالا إليه، وقال الْمُتَوَلِّي: إذا تحقق بلوغه قبل المدة أو كان للظاهر لم يصح العقد على الصحيح من المذهب، ثم حكى التفصيل عن بعضهم وتبعه. قال: وكذا الحكم في إجارة ماله.

ومنها: الولي هنا يشمل الأب والجد والوصي والحاكم والقيم، ووقع في «الروضة» أن الرَّافِعِي صحح في «المحرر» الانفساخ في إجارة الولي الصبي، وهو وهم وإنما هو كـ«المنهاج» ولو أجر الولي بالجنون فأفاق رشيدًا، وكبلوغ الصبي بالإنزال، وحيض الأنثى كإنزال الذكر، والظاهر أن رشد السفيه كذلك، ولم أره نصًا، وعن الْبَنْدَنِيجِي أنه لو مات الصبي في المدة بطلت الإجارة في نفسه دون ماله، وكنت أود أن لو قيل: إن إجارة الحاكم للصبي وماله لا تنفسخ في مسألتنا ونحوها بخلاف غيره.

ومنها: لو كان الوقف لا يترتب فيه فأجرة الموجود من أهله ثم حدث منهم مستحق آخر بأن وقف على أولاده من يحدث منهم فحدث ولد آخر.

قال شارح: يظهر أن يكون الحكم في مقدار حصته كما في «المرتب»، قال ابن الرِّفْعَة: قال: وكذا قال فيما إذا كان وقف شريك فأجر بعضهم ثم حدث له ولد؛ لأنه حين أجَّر لم يكن واليًا على ولده لعدم وجود أي والٍ على

....

الوقف، ومقصود ابن الرِّفْعَة أنه ليس بولي الصبي؛ بل فالبطن المرتب وهو صحيح، انتهى.

ومنها: إذا جوزنا للموقوف عليه أن يؤجِّر في حق نفسه فله الإيجار بدون أجرة المثل كما له التبرع بالإمكان، وقد صرح به الإمام؛ ولكن إذا أجر بدون أجرة المثل ومات.

قال ابن الرِّفْعَة: يظهر أن يجزم في هذه الحالة بالبطلان، وقال في كتاب «الوقف»: لا يشترط أن يؤجر بأجرة المثل؛ لكن لو مات وقد بقي من المدة شيء بان بطلان الإجارة وفيه وجهان.

ومنها: عبارة «المعظم» في صورتي الكتاب الانفساخ وعدمه، ولم يجزه الصيدلاني والإمام وطائفة إذ الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد، ورد الخلاف إلى أنه هل يتبين البطلان لأنه تصرف فيما لا يملك؟ هذا حسن، ويخرج من العبارتين خلاف في أن تفريق الصفقة في ذلك هل هو في الدوام أو الابتداء أو يتولد من ذلك فائدة في الأحكام؟

مطلب مهم:

إذا أبقينا إجارة الوقف وكان البطن المؤجر قد قبض الأ-جرة، وتصرف فيها لنفسه رجع من بعده لحصة في تركته، وإن لم يكن فبقيت فالرجوع على المستأجر، ولو كانت قد قبضت، وهي باقية رجع في عينها بقدر ما يستحقه منها، ولو كان القابض قد صرفها في مصالح الوقف المقدمة على الموقوف عليه شرعًا فلا رجوع، قاله ابن الرِّفْعَة تفقهًا ولا شك فيه.

قال: وفيما ذكره الأصحاب من ذلك دلالة ظاهرة أن للموقوف عليه أن يتصرف لنفسه في كل الأجرة، وإن احتمل كونها لغيره؛ لأنا نحكم له بالملك في الحال، ولأن المستأجر ملك المنفعة، وقضية إن ملك عليه ما قابلها، وإنما نبهت على ذلك؛ لأن بعض من أدركنا من القضاة الفضلاء العلماء كان يمنعهم من التصرف في كل الأجرة ولا يصرفها له جملةً خشية انتفائها لغيره

....

وكان يفعل ذلك أيضًا فيما يحل من أجور الوقوف الموفاة، وما ذكرته من كلام الأصحاب مع ما وجهته متنازع فيه، وقد يقال: لا سبيل إلى منع التصرف؛ لكن لا بُدَّ من المطالبة بكفيل إذا كان المؤجر الحاكم أو الناظر خشية من انكشاف الحال؛ إذ المستحق غيره كما يفعل مثله في دفع التركة ليس بذي فرض من الأجرة ونحوه، حيث إن لم يثبت ألا وارث سواه، انتهى.

قال تلميذ له: وينبغي التفصيل بين طويل المدة وقصيرها فإذا طالت المدة بحيث يبعد احتمال بقاء موجود من أهل الوقف حتى يستحقها فيظهر منعه من التصرف، وإن قصرت المدة أيضًا فكان استحقاقًا مشروطًا بشرط آخر، فيتوقف جواز التصرف عليه، وإن لم يكن مشروطًا يشترط آخر من مضي زمان ولا غيره، فيظهر ما قاله ابن الرِّفْعَة، وأما القسمين الأوليين فالحق ما قاله بعض القضاة، والملك في الأجرة لجهة الوقف فلا يلزم أن يكون بذلك المعين الموجود، انتهى.

قلت: ولا نقل عند ابن رفعة وتلميذه، والظاهر أراد بإشارته ابن دقيق العيد شيخه.

مطلب: وموافقة قول الْقَفَّال في «الفتاوى» أنه لو وقف على أولاده ثم أولاده ثم نسلهم الفقراء فأجرة القيم عشر سنين مثلًا، وأخذ الأجرة لم يجز له أن يعجل الأجرة له وإنما يعطي بقدر ما مضى من الزمان، فإن دفع أكثر مما مضى فمات الآخر فعلى القيم ضمان الزيادة للمستحق بعده، انتهى.

وهو حق يجب اعتماده، وليس في كلام الأصحاب ما يخالفه، ورأيت في «فتاوى» الشيخ عز الدين بن عبد السلام أن الناظر إذا أجر الوقف ثلاثين سنة، وقبض الأجرة هل يقسطها على الوقف عليهم أو يمسكها عنده؟

قال: يختلف ذلك باختلاف الأوقاف والمستحقين فإن كان الوقف لجماعة ولآخرين بعدهم قسطت الأجرة على السنين، وأعطى كل واحد منهما ما يستحقه مدة حياته، فلو قسما الكل عليهم بالتسوية لأخذوا ما لا يستحقونه

وَأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِ الدَّارِ.

لَا انْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ اُسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ، بَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ، ....

أو بعضهم، وليس للناظر إمساكه عنده لإمكان ضياعه مع إمكان إيصاله إلى مستحقه، وإن كان الوقف مدرسةً أو متاعًا أو نحو ذلك فلا يقسم الأجرة على قدر الحاجيات؛ بل يقسمها على المشهور في الثلاثين سنة، وتقسط عند انقضاء كل شهر حصة ذلك الشهر على حسب الحاجيات، ولا يجوز أن يتلف واحد منهم حاجيته شهرين؛ لأن شرط الواقف غير معلوم الحصول في المستقبل ولا يستحق بمجرد حياته بخلاف القسم الأول، انتهى.

وهذا صحيح، وأما ما ذكره في القسم الأول ففيه نظر، وكلام الْقَفَّال مصرح بخلافه فهو المنقول المعتمد.

قال: (**وَأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِ الدَّارِ**) أي: لزوال الاسم.

(**لَا انْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ اُسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ، بَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ**) لأن الأرض باقية، والزرع ممكن بغير الماء المنقطع وإنما يثبت الخيار إذا امتنعت الزراعة بغيره، فإن قال المؤجر: أنا أسوق الماء إليها من موضع آخر سقط الخيار، كذا جزما به، وحكى الْمَاوَرْدِي خلافًا في سقوطه، وهل نقول: تسقط بعد ثبوته أو لم تثبت؟ الظاهر الأول، وهذا كله إذا بادر إليه المؤجر، أما لو بعد فيبتعد الاكتفاء به، وجزم الْمَاوَرْدِي ببقاء الخيار عند مجرد الوعد.

تنبيهات وفروع: كلام المصنف يفهم أن الصورتين على وجهين لعطفه على قوله، والأصح ليس كذلك وإنما فيهما ثلاث طرق أصحهما فيهما قولان: أظهرهما: ما رجحه، ومقابله أنها لا تنفسخ، بل يثبت له الخيار، وفي الدار لإمكان انتفاعه بالعرصة.

قال في «البحر»: وهو خلاف النص وغلط أيضًا؛ لأن العقد تناول منفعة الدار والعرصة ليست بدار ولا منفعتها منفعة دار فلا أثر لبقائها، وقيل: قوله وإنها تنفسخ هو خبر مبتدأ محذوف لا معطوف على ما قبله وتقديره: «والأصح أنها»، وكذا عبارة «المحرر» وهذا لم يحضر للمصنف، ولا يقنع وإنما قصد

....

الاختصار، وغيره قول «المحرر»، والأصح لم يذكر حالة الكتابة حقيقة الخلاف و«المحرر» لم يلتزم شيئًا إذا مضى العقد عند انقطاع الماء ثم أراد الفسخ، فإن كان الماء ميؤسًا منه في بقية المدة لم يمكن، قاله الإمام، وإن كان مؤجرًا فله ذلك كامرأة المعسر والمولى، ويوجب ابن الرِّفْعَة في ثبوت الخيار إذا كانت المدة قريبة وفي تمكينه من الفسخ إذا رضي والمدة قريبة وأراد أن يفسخ قبل انقضائها بخلاف الرأيين؛ لأنه لا مدة ترجى زوال المحدد فيها لو انهدم بيت الدار انفسخ العقد فيه.

وفي الثاني: قولان إن قلنا: لا ينفسخ يجز، قاله القاضي الحسين، وإذا قلنا: بالانفساخ كموت العبد وقد مرّ غرق الأرض بسيل أو بماء نبع فيها لا يتوقع إجارة عينها مدة الإجارة كانهدام الدار، قاله الرَّافِعِي.

قال ابن الرِّفْعَة: والذي في تعليق القاضي الحسين وكتب العراقيين الجزم بانفساخها في بقية المدة، وفي الماضي طريقان: أحدهما: على قول التفريق.

قال الْمَاوَرْدِي: وهو فاسد، وأصحهما القطع بعدم الانفساخ وإن توقع الإيجار يجبر المستأجر كتعطيل الرحى لانقطاع الماء والحمام لخلل، والأبنية أو لنقص الماء في بئر ونحوه كانهدام الدار وكذا لو استأجر قناةً فانقطع ماؤها فإن نقص ثبت الخيار ولم ينفسخ، كذا نقله الرَّافِعِي عن «شرح المفتاح» وهو مشكل جدًّا.

وقال في «البحر»: لو نقص البئر فإن كان معهودًا في وقته فلا خيار، وإن كان غير معهود في ذلك الوقت، فإن مع نقصانه كافيًا لحاجة المستأجر من شرب أو طهور فلا خيار وإلا فله الخيار، ولو نقص ماء الرحى فله الخيار إلا أن يكون معهودًا على المستأجر من يده فلا فسخ ولا خيار، واستدلال قول الشَّافِعِي في «الأم» في تقرير أن المستأجر لا يخاصم الغاصب إلى أن قال: ولا يكون عليه كراء؛ لأنه لم يسلم له المنفعة أو يكون الغصب على المكتري دون رب الدار فيكون ذلك سببًا أصيب به المكتري كما يصاب ماله فيلزمه المكري إياه من تعدي عليه سلطان أو لا تعدي، انتهى.

وَغَصْبُ الدَّابَّةِ وَإِبَاقُ الْعَبْدِ يُثْبِتُ الْخِيَارَ.

وليس مخالفًا لقول القاضي أبي الطيب، وإنما هذه صورة خاصة قصد الغاصب فيها التعدي على المستأجر خاصة [. . . . .] كما نعرفه لقلنا بسقوط الأجرة كتلف المنافع قبل القبض، ولكن قد رأيت كلام الشَّافِعِي، ولعل وجهه أن الانفساخ إنما يكون سببًا من جهة المالك، وذلك إذا حصل الغصب عليه سواء كان من يده أم من يد المستأجر، أما حيث لم يقصد العدوان إلا على المستأجر، فلا والقبض وإن لم يتكامل؛ لكنه حصل من وجه دون وجه فلم يلحق بالمالك، وهو مما يجب أن ينظر فيه، وابن الرِّفْعَة أخذه مسلمًا واعتمده وهو معذور، انتهى.

قلت: هذا مشكل وما أظن الأصحاب يسمحون بموافقته، فيتعين تأويله ويلزم منه أنه لو جهل قصد الغاصب لا يثبت للمكتري خيار ولا رجوع بأجرة لجواز أن يكون هذا المقصود، قالوا: خاصة ولا أشك أن الأصحاب يسمحون بذلك، والله أعلم.

القسم الثاني: غصب المالك إما بعد القبض، وإما قبله فإن امتنع من التسليم حيث يجب فطريقان: أحدهما: كغصب الأجنبي، وأصحهما: القطع بالانفساخ.

الثالث: غصب المستأجر بأن أخذه قبل توفير الأجرة بغير إذن المالك ونحوه، فلا انفساخ ولا خيار وتستقر الأجرة.

الرابع: غصب الحربي وغرق الأرض وإباق العبد فهو في بعض المدة على ما سبق لبقاء بعض المعقود عليه، وأما في جميع المدة، فلا وجه للقول بالخيار لعدم التضمين فينبغي القطع بالانفساخ، وممن ذكر صورة الإباق القاضي أبو الطيب ولم أر أحدًا قاله.

[قال]: (**وَغَصْبُ الدَّابَّةِ وَإِبَاقُ الْعَبْدِ يُثْبِتُ الْخِيَارَ**) فكذلك أشكل الخلاف في «المحرر» و«المنهاج» وأخرج إلى حمله ما إذا لم تنقض المدة، والظاهر أنه أراد مسألة الغصب وترجيح ما اقتضاه الترجيح على البيع موافقة الرُّويَانِي على خلاف ما رجحه الجمهور، ولف معها مسألة الإباق فجاء الإشكال، وكثر مما

....

يحصل ذلك من لفِّ المسائل يحصل به ذلك كثير وغرق الأرض لم يتوقع إعساره فكانهدام الدار، وإن توقع أثبت الخيار كالغصب هل يقضي المدة وإن كان في بعض الأرض فبالتوزيع والتفريع ولا يخفى، انتهى.

تنبيه: هذا كله إذا كانت الإجارة على العين مقدرة بمدة، فإن كانت في الذمة فعليه الإبدال، فإن امتنع الري عليه والتعيين عما في الذمة لا يثبت له حكم المعين في العقد وعاينه أنه إذا تلف تعين الفسخ دون أصل العقد فيلزم الإبدال، وإن كانت الإجارة على العين ولكنها مقيدة بعمل كبعير يركبه إلى مكة، فلا ينفسخ بالغصب، وله أن يركبه متى قدر عليه؛ لأن المنفعة المقدرة بعمل، وإن وجب تسليمها عقب العقد ولم يجز تأجيلها عنده لا نقول: إن ذلك الزمان يتعين لها؛ بل هي كالدين الحال والعين كالبيع فلا يبطل بتأخير قبضه هذا مقتضى كلام العراقيين، وكلام المراوزة يخالفه، ويقولون: الإجارة تنتهي إذا انقضى زمان منع استيفاء المنفعة.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن كلام الْمَاوَرْدِي والروياني يفهم طرد الخلاف؛ لأنهما قالا: فإن كان الركوب مقدَّرًا بمدة يخير بين شيئين:

أحدهما: المقام على الإجارة والرجوع على الغاصب.

والثاني: فسخ الإجارة وإن كان مقدرًا بالمساقاة يخير بين ثلاثة: الفسخ، والرجوع بالمسمى، والإجارة، والرجوع على الغاصب والإجارة وركوب الدابة إلى المسافة.

قال في «النهاية» عند الكلام في مؤن الرضيع ما يعضده، قيل: أما الماوردي فإنه أجمل في أول كلام الإجارة على المعين مع الإجارة على المدة، وقسم كلامهما إلى ما يتعذر المدة، وأن ما يقدر بمسافة، ثم ذكر في فصل مطلق ما نقله ابن الرِّفْعَة فهو يقتضي ذلك بإطلاقه، واستنفذنا منه تقييد ما قدمناه من أن الإجارة على الذمة تجب فيها الإبدال، وتبعًا في إطلاقه الرَّافِعِي، وذلك إنما يكون إذا لم تكن الإجارة في الذمة مقيدة بمدة، وإذا ما قدرت بمدة

فَصْلٌ

وَلَوْ أَكْرَى جِمَالًا وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ الْمُكْتَرِي رَاجَعَ الْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الْجَمَّالِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا اقْتَرَضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ وَثِقَ بِالْمُكْتَرِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ، ....

فإنها تنفسخ بمضي المدة، وقد صرح به الْمَاوَرْدِي في أول كلامه في شرود البعير، وصار الكلام متحدًا في الإجارة المقدرة بمدة سواء فيه إجارة الذمة والعين في إجارة العين المقدرة بعمل، وصح إطلاق الْمَاوَرْدِي أيضًا؛ لكنه في مسألة هرب الجمال.

قال: إذا كانت الإجارة على بعير بعينه مدة بطلت بانقضائها وإن كانت إلى بلد بعينه لم تبطل بالتأخير، وإن كان المستأجر بالخيار بين المقام والفسخ؛ فكلامه هذا وجزمه به يبين أن مراده فيما حكاه ابن الرِّفْعَة فيما إذا كانت الإجارة على الذمة، وأما الإمام فصحيح عنه ما ذكره، وقد ذكرنا ما يقتضيه كلام المراوزة، وهو يفهم فحصل في إجارة العين المقدرة بعمل طريقان:

أحدهما: القطع بما قاله الْبَغَوِي والرافعي من عدم الانفساخ.

والثاني: إجراء الخلاف، انتهى.

فرع: ذكر صاحب «التعجيز» في شرحه أنه لو غصب الدابة أو هرب أو أبق العبد بتفريط من المستأجر لزمه المسمى كما لو فرط في الرقبة ضمنها، وأن الخيار يبعث المأخوذ على التراضي؛ لأن بسببه تعذر قبض المنفعة، وذلك يتكرر بمرور الزمان.

فصل

قال: (**وَلَوْ أَكْرَى جِمَالًا وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ الْمُكْتَرِي رَاجَعَ الْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الْجَمَّالِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا اقْتَرَضَ عَلَيْهِ**) لأن ذلك الممكن.

(**فَإِنْ وَثِقَ**) أي: القاضي. (**بِالْمُكْتَرِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ**) أي: سواء اقترض منه أم من غيره، هذا هو المشهور وحكى القاضي أبو الطيب فيه القولين الآتيين، وصرح بهما هنا جماعة منهم صاحب «الشامل» و«الكافي» وأبداه الرَّافِعِي في كتاب اللقيط بحثًا، وقال: إنهم لم يذكروه.

وَإِلَّا جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ النَّفَقَةِ، وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي الْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يثق به.

(جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ) أي: لينفقه عليها لتعينه طريقًا.

(وَلَهُ) أي: القاضي.

(أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ النَّفَقَةِ) أي: عليها، وعلى من يخدمها، ولا يخرج على الخلاف في بيع المأخوذ؛ لأنه محل ضرورة.

(وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي الْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ).

قلت: وقيل قطعًا لأنه موضع ضرورة، ولأن الحاكم قد لا يجد قرضًا أو لا يراه.

قال الرَّافِعِي وغيره: وكما لو استقرض منه ودفع إليه وقد سبق أن هذه الصورة على القولين أيضًا لا كما ظنه الرَّافِعِي.

والثاني: المنع؛ لأنه يؤدي على تصديقه فيما يستحقه على غيره بل يأخذ المال منه، ويدفعه إلى أمين يعطيه كل يوم قدر الحاجة.

إشارة: أطلقا أن الحاكم يقرض، وعبارة جماعة اقترض من بيت المال أو من أجنبي فإن لم يجد اقترض من المستأجر، وعبارة «التتمة»: اقترض من بيت المال، فإن لم يكن اقترض من إنسان، فإن لم يجد اقترض من المستأجر، والظاهر أن هذا على وجه الأولوية ظاهر كلام المصنف وغيره أن الصورة فيما إذا كانت إجارة عين، وصرح الْمُتَوَلِّي باستواء حكمها، وحكم إجارة الذمة فيما سبق، وفيه وقفة للمتأمل؛ لأن الحاكم قد يرى البيع في إجارة الذمة دون إجارة العين [وقد] أطلقا كما سبق أنه منع منها قدر المؤنة، وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون فيها فضل أو لا، ويوافقه تصوير الْبَغَوِي وغيره المسألة في الدابة الواحدة، وبيع بعضها كذلك، وأما العراقيون فعبارتهم: فإن كان في الجمال فضل باعه، وأنفق عليها، وإن لم يكن أقرض الحاكم عليه، وقضية كلام جماعة؛ لأنه لا يبيع منها شيئًا إلا إذا لم يجد قرضًا.

....

قال القاضي الحسين والإمام: إذ وجده ولم يره.

وإن قلنا: بالأظهر من القولين؛ فالأولى كما قاله الْمَاوَرْدِي: أن يقدر الحاكم أجرة الخادم وثمن العلوفة أسقط التنازع.

قال في «البحر»: وإن لم يقدر الحاكم ذلك جاز لاختلافه باختلاف المنازل، فينفق بالمعروف من غير سرف ولا تقصير، فلو اختلفا بعد ذلك في قدر ما أنفق فثلاثة أوجه أشار إليها في «الأم» أحدها: القول قول المكري؛ لأنه يدعى عليه مالًا، والأصل براءة الذمة، وأصحها: أن القول قول المكتري في قدر المعروف لأنه أمين، والثالث: يرجع إلى عرف الناس، فإذا وافق ذلك قول أحدهما فهو المعمول عليه، قال في «الحاوي»: وهذا اختيار الشَّافِعِي، وإن خالف قياس الأصول الموجبة لأحد المذهبين فقد يترك القياس إذا تفاحش إلى ما يكون عدلًا بين الناس. انتهى.

قال الفوراني وغيره: لا يجوز بيع جميعها في المؤنة، وبه يشعر كلام المصنف وغيره قالوا: خشية أن يأكل منها بخلاف غير المستأجر؛ لأن حق المكتري هنا متعلق بأعيانها فليس لأحد تفويته، وضعفه في «الذخائر»: بأن البيع لا يثبت عليه حقه، فإنه لا [يصح..] انتهى.

وفي «البحر»: وإن لم يجد الحاكم وكان في الجمال فضل باع منها بقدر نفقتها، ولا يبيع الكل لحق المكتري ذكره أبو إسحاق، وإن لم يكن فضل يقول الحاكم للمكتري: أنفق عليها إلى أن تستوفي حقك من المنافع ثم يرجع على المكري، هكذا قال القاضي الطبري، ثم حكى طريقة القولين عن بعض الأصحاب عن «الأم»، والظاهر أن هذا كله في إجارة العين، أما لو كانت إجارة ذمة، ورأى الحاكم النظر للجمال في بيعها وإلا اكترى للمكتري ببعضه فله ذلك قطعًا حيث يجوز له بيع مال الغائب بالنظر كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، وكما قالوا في المعينة هنا بعد فراغ الإجارة: لو أنفق المكتري بغير إذن الحاكم مع إمكانه لم يرجع، وإن لم يكن حاكم فأنفق وشرط الرجوع رجع على الأصح، وصحح الْمُتَوَلِّي أنه يرجع أيضًا إذا ترك الإشهاد عجزًا عنه، فإن

وَمَتَى قَبَضَ الْمُكْتَرِي الدَّابَّةَ أَوْ الدَّارَ وَأَمْسَكَهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ اسْتَقَرَّتْ الْأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ، ....

قلنا: له الرجوع فاختلفا في قدر النفقة قال الإمام: القياس تصديق الجَمَّال وفيه احتمال؛ لأن الشرع سلطه عليه، وأطلق في «البسيط» احتمالين بلا ترجيح، قال الإمام: ولو كان في الموضع حاكم وعسر إثبات الواقعة عنده فهو كما لو لم يكن حاكم.

فرع: لو هرب المكري بالجمال والإجارة على الذمة اكترى الحاكم عليه من ماله إن أمكن وإلا اقترض عليه كما سبق ثم اكترى عليه.

قال في «الشامل»: ولا يجوز أن يكل أمر الإكراء إلى المستأجر؛ لأنه يصير وكيلًا في حق نفسه، وقال في «البحر»: ولا يجوز أن يدفع على المكتري مالًا ليكري نفسه بنفسه نصَّ عليه «الْبُوَيْطِي». انتهى.

وإن تعذر الإكراء عليه بألا يجد الحاكم مقرضًا أو [أنه] لم يرد ذلك خوفًا ألا يتوصل إليه فيما بعد، فللمستأجر الخيار كما لو انقطع المسلم فيه في محله، فإن فسخ؛ فالأجرة دين له على الجمال، وإلا فله مطالبته إذا عاد بما التزمه.

وعن ابن داود: أن له الخيار بنفس الهرب، وإن كانت إجارة عين؛ فللمستأجر فسخ العقد كما إذا أبق العبد هكذا أو رده.

وفي «البسيط»: وإذا هرب بالجمال والإجارة على العين انفسخت الإجارة، وهذا الإطلاق غريب، وعبارة «الوسيط»: فله الفسخ وإن مضت المدة انفسخ، انتهى.

قال: **(وَمَتَى قَبَضَ الْمُكْتَرِي الدَّابَّةَ أَوْ الدَّارَ)** أي: مثلًا.

(وَأَمْسَكَهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ اسْتَقَرَّتْ الْأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ) لأن المعقود عليه تلف تحت يد متملكه فلزمه بدله كالمبيع المقبوض، ولا يتمكن من السفر عليها إلى بلد آخر، ومن استعمالها في تلك المدة، ولا فرق بين أن يكون عدم انتفاعه بعذر كمرض وخوف وعدم رفقة وغيرها، أو بغير عذر وليس له فسخ، ولا إلزام المكري باسترداد الدابة في إجارة العين إلى تيسر الخروج.

وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ الدَّابَّةَ الْمَوْصُوفَةَ ....

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان الامتناع لعذر في الدابة كمرضها أو لخوف في الطريق فلا أجرة على المستأجر لا ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا منه يجوز أن يحمل ما إذا لحق سائلًا لركوبها وارتكابها في كل الجهات أو كان الغرض الأعظم ركوبها في السعي، وركوبها في الحضر بآفة النسبة إليه، وإذ قال: يصح ما قاله؛ لأنه لا يرى أنه إذا اكترى للركوب إلى موضع جواز الركوب إلى [الحضر بِلَا حَاجَةٍ للدابة] وذكر هذا أنه وجه، والصحيح ما قاله الرَّافِعِي، واستفتى القاضي الحسين في ضمان الدابة إذا خرج بها حال الخوف أن يقول حال العقد: إنما خرج مع الخوف، انتهى.

وكلام «البحر» في موضع يوافق الْمَاوَرْدِي حيث قال: فمضت مدة الركوب مع الإمكان استقرت الأجرة، انتهى.

وأشار بقوله: والصحيح ما قاله الرَّافِعِي إلى ما قدمناه، وتصريحه باستقرار الأجرة وإن كان معذورًا من جهة؛ لأنه لو خرج في حال الخوف أو عدم الرفقة كان متعديًا ضامنًا للدابة.

قلت: في «زيادات» العبادي: استأجر دابة إلى بلد فقيل إن الطريق مخوف فسلكه فسرقت، فإن كان الناس يسلكونه مع هذا الخبر فلا ضمان، وإن امتنعوا من سلوكه ضمن، انتهى.

قال: (**وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ**) لأن المكري مكنه من الانتفاع بأقصى المقدور عليه فتستقر الأجرة كما لو كان الضبط بالمدة.

قال: (**وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ الدَّابَّةَ الْمَوْصُوفَةَ**) أي: لتعين حقه بالتسليم، وحصول التمكين، وقوله: فيه، يعني: من المسألتين هذه والمقدرة بمدة كل منهما قد يقع على العين، وقد يقع على الذمة، والحكم فيهما سواء.

....

وقال في «التنبيه»: لا تستقر الأجرة في إجارة الذمة إلا بالعمل، قال ابن الرِّفْعَة: ويمكن حمل كلامه على ما اعتمد العقد العمل، وما قاله الرَّافِعِي وغيره على ما اعتمد بالدابة كقوله: أجرتك دابة في ذمتي صفتها كذا وتسلمها، وبه صور الْغَزَالِي، انتهى.

وذكر الْمَاوَرْدِي أنه لو شرد البعير من راكبه فإن نسب إلى تفريطه ضمنه ولم يرجع بالأجرة وإلا لم يضمنه، ثم إن كانت الإجارة مقدرة بمدة ومضت والبعير شارد بطلت سواء معينًا أو مضمونًا يعني: في الذمة، وإن كانت مقدرة بمسافة لم تبطل الإجارة لبقاء المعقود عليه، وإن تأخر قبضه وللراكب الخيار بين المقام والفسخ، وهذا لا ينافي ما ذكرناه من اعتبار زمان إمكان السير؛ لأن الشرود زال بالإمكان حيث لا تفريط، وأما التفريط فملحق بالإمكان، وقول المصنف: وسواء فيه إلى آخره، استثنى منه ما ذكره الْمَاوَرْدِي لافتراق إجارة العين وإجارة الذمة فيه، وقوله: «إذا سلم متعلق بالذمة فقط».

فرع: قال في «البيان: فإن عرض المؤجر الظهر على المستأجر فأبى قبضه فالذي يقتضيه المذهب أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض الظهر منه فإن ركبه المستأجر وإلا أجره الحاكم كما قلنا في مسألة التسليم. انتهى.

وفي إيجار الحاكم له وقفة، وفي «البحر» بعد قوله في «المختصر»: ولو اكترى دابة فحبسها قدر السير المسألة، وهذا لو عرضها على المكتري فامتناع من الأخذ ومضت مدة لو أراد أن يستوفي المنفعة أمكنه فقررت الأجرة خلافًا لأبي حنيفة.

فرع: من «البحر»: قال في الْبُوَيْطِي: ومن اكترى ظهرًا في بلد ليحمل له طعامًا فذهب فوجد الطعام قد ضاع فالكرى لازم، ويلزمها من شاء على مثل حموله فإن لم يفعل حتى ذهب الوقت الذي لو حمل فيه يرجع إلى بلده لزمه كل الكرى؛ لأنه قابض لها.

قال - يعني الشَّافِعِي-: ولو تكارى ظهرًا ووجهه إلى بلد ليحمل له

وَتَسْتَقِرُّ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ بِمَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ.

طعامًا، وليس معه وكيله فلم يجد الطعام فعلى صاحب الظهر أن يأتي الوالي يعني: الحاكم، فيخبره حتى يطلب له الكري، فإن لم يصيب السلطان فرجع فليس له في الرجوع شيء وله حصة الذهاب فارغة، هذا لفظه، ووقفت على نصه في الْبُوَيْطِي، وكتبته بحروفه في آخر الباب من «الغنية» وفيه فوائد زوائد يتعين الوقوف عليها.

قال: (**وَتَسْتَقِرُّ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ بِمَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ**) أي: سواء انتفع أم لا، وسواء كانت أجرة المثل أكثر من المسمى أم أقل؛ لأن العقد الفاسد كالبيوع وغيره كالصحيح في الضمان كما سبق فكذلك الإجارة.

إشارة: إطلاقه يفهم أن التخلية هنا تكفي كما هي في الإجارة الصحيحة وليس كذلك؛ بل لا بُدَّ هنا لترتيب الضمان من دخول الدار والقبض الحقيقي، وكذا الوضع من يده يكفي في الصحيحة دون الفاسدة.

قال القاضي الحسين: ما كان قبضًا في الفاسد كان قبضًا في الصحيح، وما كان قبضًا في الصحيح قد يكون قبضًا في الفاسد، وهو التسليم وقد لا يكون كالتخلية، قال في فتاوى الْقَفَّال: إنه لو دفع إليه أرضًا ليزرعها من بذره فالزرع لصاحب البذر وعليه أجرة مثل الأرض، فلو باعها المالك تكون أجرة المثل بعد البيع للمشتري بخلاف الأجرة في الإجارة الصحيحة؛ لأنها مستحقة بالعقد وهنا تجب يومًا فيوم، فلهذا قلنا: إنها بعد البيع تكون للمشتري.

فرع: زارعه على أرضه بجزء من الغلة، فعطل العامل أكثر الأرض، فهل يلزمه أجرة تعطيله؟ أفتى المصنف أنه إن كان قد سلم الأرض من المالك فعليه أجرة ما عطله منها.

قال الشيخ تاج الدين الفزاري وغيره: وهو غلط.

قلت: القياس الظاهر أنا إذا فرعنا على المذهب أن عليه أجرة المثل للجميع إذا سلم الأرض جميعًا وإلا فأجرة ما تسلمه منها فقط مما زرعه وغيره.

وَلَوْ أَكْرَى عَيْنًا مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتِ انْفَسَخَتْ، وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ السَّيْرِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ.

فرع: قال العبادي والهروي وشريح الرُّويَانِي وغيرهم: كل عقد فسد سقط فيه المسمى إلا في مسألة وهي إذا عقد الإمام الذمة مع الكفار على سكنى «الحجاز» فسكنوا ومضت المدة وجب المسمى؛ لتعذر إيجاب عوض المثل، فإن منفعة دار الإسلام في سنة لا يمكن أن تقابل بأجرة مثلها، فتعين إيجاب المسمى، وليس هذا بالواضح.

قال: **(وَلَوْ أَكْرَى عَيْنًا مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ انْفَسَخَتْ)** أي: لفوات المعقود عليه قبل قبضه وسواء أمسكها لاستيفاء الأجرة أم لغيره، ولو أمسكها بعض المدة ثم سلم انفسخت الإجارة فيما مضى وفي الباقي الخلاف في تلف بعض المبيع قبل القبض، فإن لم تنفسخ فللمكتري الخيار لا يبدل زمان بزمان.

إشارة: إطلاقه يقتضي أنه لا فرق في انفساخ بين أن يستوفي المؤجر المنفعة أو لا وهو جارٍ على المذهب، أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كالآفة السماوية كإتلاف الأجنبي.

قال: **(وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ السَّيْرِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ)**؛ لأنها متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ولم يتعذر استيفاؤها، والثاني: تنفسخ واختاره الإمام كما لو حبسها المكتري فعلى الأصح لا خيار للمكتري، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع ثم سلمه.

وقال في «الوسيط»: له الخيار لتأخير حقه، وأشار الشيخان إلى انفراده بذلك ولم ينفرد به؛ بل قاله الْمَاوَرْدِي.

قال الإمام: لو شرطت [الإجارة] إلى العمل، فقياس العراقيين انفساخ العقد بمضي زمن بيعه، ولو كانت إجارة ذمة ولم يسلمها يستوفي المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل المنفعة فلا فسخ ولا انفساخ؛ لأنها دين تأخر وفاؤه.

وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بَعْدَ الْعِتْقِ. وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْمُكْتَرِي،

قال: (**وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ**) لأنه أجر ملكه ثم طرأ ما أزاله فأشبه موته بعد الإجارة.

والثاني: تنفسخ كموت البطن الأول وزيفه الإمام وغيره، قال: وعليه لا نقول تبين بطلان الإجارة في بقية المدة؛ بل هي بمنزلة إتلاف البائع المبيع قبل القبض بخلاف ما سبق في إيجار الصبي والبطن الأول فليثبته الفقيه له.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ**) أي: في فسخ الإجارة بعد العتق؛ لأن سيده تصرف في خالص ملكه فلا اعتراض عليه.

والثاني: له الخيار كالأمة تعتق تحت عبده.

قال الرُّويَانِي: وهو غلط؛ لأن خيارها يثبت لنقصه ولم يرض به وقت العقد، وهذا المعنى مفقود هنا.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ**) أي: في «الجديد»، وقيل: الأصح.

(**أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بَعْدَ الْعِتْقِ**)؛ لأنه تصرف في منافعه حال ملكه لها فأشبه ما زوج أمته واستقر مهرها ثم أعتقها.

والثاني: وهو المنسوب في «الحاوي» و«البحر» و«التتمة» وغيرها إلى «القديم»: يرجع بأجرة مثل تلك المدة الباقية؛ لأن منفعته تستوي منه قهرًا فصار كما لو أكرهه سيده على العمل، قال الرُّويَانِي: ولا خلاف أنه لو مات السيد فأعتقه الوارث لم يرجع عليه بشيء.

فرع: إذا قلنا: بالأظهر فهل نفقته في بقية المدة على سيده أم في بيت المال؟ وجهان قال الرَّافِعِي: أشبههما الثاني.

وفي «كفاية» ابن الرِّفْعَة عن الرَّافِعِي من الأشبه الأول فعليه، والأصح إيجاب أقل الأمرين من أجرة مثله أو كفايته وقيل: أجرة المثل.

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْمُكْتَرِي**)؛ لأنها بيده من غير حائل فأشبه بيع المغصوب غاصبه، وكبيع الأمة المزوجة.

وَلَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ وَلَا تَنْفَسِخُ].

وفي «الروضة» وهذا ما فعل اتفق عليه كثيرون منهم الْقَفَّال والقاضي الحسين والإمام والغزالي في «البسيط».

وقال في «الوسيط»: إنه الظاهر فأشعر بخلاف فيه وصرح به تلميذه محمد بن يحيى في «شرحه» وعبر بطريقين، وحكى أبو الخير سلامة المقدسي في «شرح المفتاح» فيه قولين: قال ابن أبي الدم: وهذا رجل مجهول.

قال ابن الرِّفْعَة: ويمكن أن يوجد وجه المنع من قولنا مورد الإجارة العين لامتناع إيراد عقدين على عين واحدة.

قلت: والخلاف اتجاه إذا كانت المدة تستغرق بقاء العين غالبًا كما سيأتي في بيع العبد الموصى بمنفعته ولا يبعد أن يأتي هنا وجه مفصل كما هناك.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن الملك لا ينافيها ولهذا استأجر ملكه من مستأجره.

والثاني: ينفسخ؛ لأنه إذا ملك الرقبة تحدث المنافع على ملكه، فلا يستوفي الإجارة كما لو اشترى زوجته.

قال: (**وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: عند الجمهور سواء أذن المستأجر أم لا؛ لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة.

والثاني: المنع، واختاره الشيخ أبو علي؛ لأن يد المستأجر مانعة من التسليم بحق لازم فكانت أولى بالمنع من يد الغاصب.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ**) أي: قطعًا كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة الزوجة من غير الزوج.

تنبيهات وتتمات:

منها: يستثنى من الخلاف ما إذا هرب الجمَّال فباع الحاكم الجِمَال أو بعضها كما سبق، وكذا البيع الضمني فأعتق عبده يعني: بألف كما نقلاه في الظهار.

....

ومنها: للمشتري الخيار إن جهل الإجارة وإن علم فلا فسخ ولا أجرة له لتلك المدة، وكذا لو كان جاهلًا وأجاز ذكره الْبَغَوِي، قالا: ويشبه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع في بيع أرض مزروعة ولو علم بالإجارة، وقال: ظننت أن لي أجرة المدة لملكي العين.

قال الْغَزَالِي في «الفتاوى»: إن أمكن لخفاء ذلك عليه ثبت له الخيار وإلا فلا.

قلت: ولو قال: ظننت أن بالشراء ترتفع الإجارة وتكون المنفعة لي كما يظن العوام فيشبه أن يقال: يثبت له الخيار أيضًا، ويحتمل غيره.

ومنها: وقع في «الفتاوى» أنه لو اشترى مأجورًا بالإجارة جاهلًا عدتها فأجيب ببطلان البيع، وهو ظاهر كلام الأئمة محمولٌ على ما إذا علم بالمدة أو بالعمل، ويصح بيع السيد للمعتدة بالأشهر إذ المعتدة بالأقراء أو الحمل وبيع الموصى بمنفعتها كالمستأجرة؛ لأن الموصي يمنعها مدة مجهولة أو حياة الموصى له، وكذا الموصى بمنفعتها أبدًا من غير مالك الرقبة ويصح منه.

ومنها: لو فسخ المستأجر بعيب أو غرض ما يفسخ به الإجارة فلمن تكون منفعة بقية المدة؟ وجهان قال ابن الحداد: إِنَّهَا لِلْمُشْتَرِي لِزَوَالِ الْمَانِعِ.

وقال الْمُتَوَلِّي: إنْ قُلْنَا الرَّدُّ بِالْعَيْبِ يَرْفَعُ الْعَقْدَ من أصله أم من حينه؟ فعلى الأول: هي للمشتري، وعلى الثاني: للبائع، وظاهر كلام الْقَفَّال ترجيح قول ابن الحداد حيث قال بعد ذكره الخلاف: وهذا يخرج على ما قاله الشَّافِعِي: إنه لو باع دابةً واستثنى ظهرها ليركبها إلى موضع بعينه ففيه قولان، وقال القاضي أبو الطيب: إن الخلاف في استيفاء المنفعة مدة تنبني على الخلاف في مسألتنا فمن قال: ترجع المنفعة إلى المشتري؛ قال: لا يجوز هذا الاستثناء، ومن قال: ترجع إلى البائع؛ قال: يجوز هذا الاستثناء، انتهى.

ومنها: يجرى القولان في صحة البيع من غيره في صحة الهبة، وفي رهنه طريقان قيل: يطرد القولان بالبطلان قطعًا وتجوز الوصية به وزيفه وسيأتي.

....

ومنها: سبق أن الشيخ أبا علي رجح القول بالمنع قال في «شرح التلخيص»: لأن البائع ممنوع من تسليمها ليد المكري، وأجاب الشيخ أبو حامد بأن في يده على المنفعة والرقبة في يده أمانةً فلم يمنع البيع، كمن باع ثمر نخلة ثم باع رطبها أعني: لمن حق الاستئجار في إدامة يده على العين حتى يستوفي المنفعة؟ وكيف يمكن التسليم معها؟

وفي كلام أبي حامد والجرجاني في الساقي أنه إذا علم المشتري فلا خيار له وتقتضي العين ليحصل التسليم، ثم يسترجع منه وترجع إلى المستأجر ليستوفي منفعتها إلى آخر المدة، ويعفو عن القدر الذي يقع التسليم فيه؛ لأنه يسير لا يثبت خيار للمستأجر، كما لو أسند بلوغه الدار فلا خيار؛ لأن زمن فتحها يسرًا من دليل، ونقل أكثر من هذا القاضي أبو الطيب لم يزد على قوله؛ لأنه يمكنه تسليمها، انتهى.

ويقوى الإشكال إذا كانت الدار كبيرة مشحونة بأمتعة كثيرة للمستأجر لا يمكن تفريغها إلا بكلفة كثيرة وزمن طويل فإنه لا سبيل إلى إجبار على تفريغها ليتسلمها المشتري فارغةً، فلم يبق إلا أن يقال: تكفي التخلية بينه وبينها مشحونةً بحنطة يسيرة ويفتقر هذا للضرورة، وأما أن يقال بما أشعر به كلام بعضهم أن التسليم والتسلم يكونان بعد فراغ مدة الإجارة لا قبلها، وهو مشكل.

فصل في شرح مسائل الباب

يجب شرح مسائل الباب بفضل الله ورحمته وفروعه كثيرة، ونختمه بفروع منثورة مهمة:

فرع: للمالك مخاصمة الغاصب بحق الملك وليس للمستأجر مخاصمته على المشهور المنصوص، وقيل: له؛ لأنه يستحق المنفعة ورواه الإمام والغزالي أنه أقيس، وصحح الرُّويَانِي أنه يخاصم، واختاره الْمَاوَرْدِي في موضع. قال الرُّويَانِي: ومراد الشَّافِعِي أنه لا يخاصم في الرقبة وقد رأيته عن الْقَفَّال.

....

وقال القاضي الحسين: إنما لا يخاصم في الرقبة وله الدعوى بالمنفعة؛ لأن الحق له فيها أن يتصور المنازعة فيها فقط إذا ادعى عليه الكرى من جهته وتكون الخصومة إليه دون المكري؛ لأنه لو أقر له بالمنفعة لقيل بخلاف الرقبة.

وقال ابن داود شارح «المختصر»: الخصم في المغصوب صاحب الأرض نص عليه، ومن أصحابنا من قال: إن كان الغاصب يدعي الرقبة ولا يدعي شيئًا بالخصم يختصم رب الأرض، وإن كان يدعي المنافع بالخصم يختصم المكتري، انتهى.

وهذا يصح أن يكون تقييدًا للنص فيوافق القاضي الحسين ويشبه أن يقال: [أنه] يدعي الرقبة أو لا يدعي شيئًا أن للمكتري مخاصمته لرفع يده عن المنفعة الخاصة ولا يدعي الرقبة وقد سبق قريبًا أنه إذا قصد غصب المنفعة فقط من المستأجر أنه لا خيار له ولا يطالب المؤجر بشيء من الأجرة، وقضية هذا إن صح أنه يخاصم في المنفعة قطعًا؛ لكن قدمنا ما في ذلك من الغرابة والإشكال.

فرع: أجَّر عينًا ثم أقر بها فالأصح قبوله في العين دون المنفعة، والثاني: يقبل فيهما ويبطل حق المستأجر، وحكى عن نصه في «عيون المسائل» والثالث: عكسه، والرابع: إن كانت في يد المستأجر فلا تزال يده إلى انقضاء المدة، وإن كانت في يد المقر له فلا تنزع، وحكى شُرَيْح الرُّويَانِي في الثاني والثالث قولين للشافعي وذكر أن الأول أبداه أبو بكر الفارسي اختيارًا من عند نفسه.

فرع: قال في الحج من «الروضة»: لو صرف الأجير الحج لنفسه ظنًا منه أنه يتصرف فعمل على هذا الظن فأصح الوجهين أنه يستحق المسمى.

قال الرَّافِعِي: وهذا الخلاف جارٍ في مسألة الصباغ إذا جحد وفي نظائره، ثم حكى هنا أنه لو جحد القصار الثوب ثم أتى به مقصورًا فإن قصره ثم جحده استحق، وإن جحده ثم قصَّر فوجهان.

قال الشيخ: ينبغي أن يكون أصحهما الفرق بين أن يقصد العمل لنفسه فلا أجرة له أو عين الإجارة فيستحق، انتهى.

....

وهذا إن صح جاء في صور كثيرة وقد يقال في مسألة أجير الحج أنه إن كان اعتقد بالدليل أنه يتصرف إلى نفسه لا يستحق وإلا استحق، وذكر المصنف في فتاويه عن الأصحاب استحقاق المسمى فيما إذا استأجره ليبني له حائطًا فبناه معتقدًا أن الحائط له وذكر أنهم استدلوا بها في مسألة الحج.

فرع: قالا: إذا غصب العين المستأجرة وقدر المالك على درها ففي وجوبه القولان في العمارة، قال الشيخ: وينبغي أن يكون الأصح الوجوب.

قلت: وهو ظاهر إذا قدر عليه بلا كلفة ولا خطر، وقال في آخر كتاب «الإجارة» في زيادة له: إنه لا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما وإنما عليه تسليم العين ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء بخلاف المستأجر إذا قدر عليه بلا خطر فإنه يلزمه، انتهى.

وذكر هنا أنه لو غصب الدابة مع دواب الرفقة فذهب بعضهم في الطلب ولم يذهب المستأجر فإن قلنا: لا يلزمه الرد فلا ضمان وإن ألزمناه فاسترد من ذهب بلا مشقة ولا غرامة ضمن المستأجر المتخلف، وإن لحقه غرامة ومشقة لم يضمن، انتهى.

وكان التصوير أن الحال اقتضى أنه لو ذهب هذا المستأجر لا يسترد وإلا فقد ينفق الذاهب قالا: ينفق المتخلف من أسباب لا تخفى.

فرع: لو استأجره لقلع سن وجعه ثم امتنع عن القلع ففي «الروضة» عن «الشامل» أنه لا يجب عليه الرد بأنه إذا أسلم الأجير نفسه استقرت الأجرة، وقال القاضي أبو الطيب: لا تستقر، ثم ذكر أنه لو استأجره لخياطة ثوب ثم امتنع والثوب باقٍ المتجه أنه لا يلزمه الإتيان به؛ لكن إذا قلنا: إن الأجرة تسقط بالتسليم سلم نفسه واستقرت الأجرة وليس له الفسخ وإلا فسخ، انتهى.

وقضية التفليس أنه لا يلزمه التسليم؛ لكنه قال في آخر المساقاة: لو انقطع ماء البستان وأمكن رده ففي وجوبه على المالك وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه لا يتمكن من العمل إلا به فأشبه ما لو استأجره لقصارة ثوب بعينه يكلف

....

تسليمه، وأصحهما لا يجبر كالعمارة على الشريك.

قلت: فلو أراد بيع هذا الثوب فإن ألزمناه تسليمه لم يصح بيعه، وبه جزم ابن الرِّفْعَة في بيوع الكتابة، وإن قلنا: بما نقلاه هنا صح بيعه وبه جزم الرَّافِعِي في باب حكم المبيع قبل القبض.

واعلم أن الكلام المتقدم ظاهر في أنه لا يلزمه التسليم مع قولنا: إن الأجرة لا تستقر بتسليم نفسه؛ لكنه صرح بعده بقليل في فرع بأنه يجبر عليه فقال: إذا قلنا: لا تستقر الأجرة إلا بالتسليم فيرتفع الأمر إلى الحاكم ليجبره عليه، وهذا هو الصواب هذا كله في الثوب المعين ونحوه أما لو التزم له خياطة مثلًا في الذمة ودفع ثوبًا إلى خياطه ليخيطه ثم قال: رده عليَّ لأخيطه.

قال الْقَفَّال: للخياط إمساكه إلا أن يبرئه المالك من الخياطة فإن أبرأه وجب رده، وإن أمسكه ضمن فإن لم يبرئه وأمسكه فهلك فلا ضمان عليه.

فرع: للقصار حبس الثوب للأجرة على الأصح لأنها عين على الأصح كالصبغ، وجزم المصنف في فتاويه بأنه ليس للخياط ذلك وفيه نظر إذا خاف فوات الأجرة، وإن كان الحظ له.

وقال ابن أبي [الدم]: إذا كان في حانوته منفردًا إلا إذا كان في دار المستأجر أو لحضرته؛ لأنه يقع مسلمًا له، وحكى الْقَفَّال في حبس الخياط الثوب للأجرة قولين وربما ذكرته في موضع آخر.

قال: وللصباغ إمساكه؛ لأن فيه ماله والقصار على القولين، فلو تلف الثوب الذي أمسكه وكل موضع قلنا: له إمساكه للأجرة سقط كالبائع إذا حبسه للثمن، إن قلنا: ليس للقصار الحبس لم تسقط الأجرة بتلفه.

ثم قال في موضع: ذكرنا أن القصار حبس الثوب على قول وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة، فإن كانت فاسدة لم يجز له حبسه لاستيفاء أجرة المثل، كالمرتهن لا يجوز له حبس الرهن إذا كان فاسدًا، قال: ويحتمل أن يقال للقصار حبسه أيضًا.

....

فرع: قال الرُّويَانِي: لو أجرت نفسها بالرضاع ثم بان بأنها مزوجة، فللمستأجر الخيار.

قلت: يظهر تقييده بما إذا كان الزوج حاضرًا يمنعها، أما لو كان غائبًا غيبةً بعيدةً لا يتوقع قدومه في مدة الإجارة، أو طفلًا لا يتوقع استمتاعه بها فلا خيار، وذكر أنها لو أجرت نفسها ثم أقرت بزوج لم يصدق في حق المكتري، ولو نكحت ثم ذكرت أنها كانت أجرت نفسها لرضاع لم تصدق في حق الزوج، ولو أرضعت الطفل لبن غيرها وكانت معينة فلا أجرة لها.

قلت: وصور الفرع كلها في إجارة عينها.

فرع: قال في «البحر»: لو التزم في ذمته أعمالًا لجماعة فسقطت أيام العمل على الأعمال بقدرها فيحصل لكل واحد منهم يوم أو يومين [فيستوي] بعضهم على بعض إن استأجروا ويستوي فيه المتقدم والمتأخر بين المستأجرين كالديون، ذكره أبو عبد الله الحسين، انتهى.

قلت: وهذا ظاهر فيما إذا رضوا بالتأخير ليعمل بنفسه، أو كان معسرًا لا يجد ما يكتري به في ذمته، أما لو كان موسرًا ووجد من يستأجره عليها وأرهقه الغرماء إليها فالوجه إلزامه بذلك كديون السلم.

فرع: هل يلزمه قيمة النقص في مال الوقف أرضًا للبناء فيبني بإذنه ثم أمره بالرفع؟ إن كانت الإجارة صحيحة وكان الصلاح في إجارته، وإن كانت الإجارة فاسدة فبنى بإذنه أمره برفعه ويلزم الأرش في مال الْمُتَوَلِّي دون مال الوقف، ويحتمل أن يقال: لا يلزمه شيء.

قلت: وهذا ظاهر إذا علم المستأجر بفساد الإجارة دون ما إذا جهل ولا سيما إذا علم المؤجر بالفساد وفي فتاوى الْبَغَوِي وغيرها ما يقتضيه ووجهه ظاهر.

فرع: لو جاء الخياط ونحوه بثوب مثلًا فقال: هذا ثوبك، فقال: بل غيره، قال الْبَنْدَنِيجِي: القول قول الأجير، وكذلك الحكم في كل الأجراء، فإذا حلف فقد اعترف له بعين وهو لا يدعيها.

....

قلت: والظاهر أن حكم المستأجر كذلك سواء.

فرع: أطلقوا أنه إذا استأجر دارًا للسكنى أنه ليس له إدخال الدواب إليها وينبغي أن يكون هذا في دور الأمصار ونحوها في الدور التي لا يعتاد ذلك فيها، وأما في القرى ونحوها؛ فالعرف مطرد بإدخال الدواب للدور المكراة للسكنى لا يعد ذلك تعديًا وهذا مجزوم به في دور [الأكابر] ونحوهم نعم، لا يدخلها إلى [موضع] للسكنى منها؛ بل إلى مواضعها المعتادة منها، وقول الأصحاب في جواز طرح ما يسرع إليه الفساد وجهان أصحهما: الجواز؛ لأنه معتاد ينبغي أن يقال: إن اطرد العرف به اطراد الظاهر الدور [الأكابر] ونحوهم فيجوز لهم قطعًا للعادة والعلم والرد يكون في غيرهم، ويجب أن يكون موضع الجواز في المكان الذي يعتاد وضع مثل ذلك فيه لا في كل بيت ومسكن، فإن البيوت المزوقة المزخرفة لا يعتاد ذلك فيها قطعًا ويعد وضعه فيها تعديًا وإفسادًا وهذا وأشباهه من الواضحات وقد يغفل عنه.

مطلب: قد تجد بلد على ظاهر ألفاظهم وإطلاقهم.

فرع: قال الإصطخري: لو استأجره ليحمل له كتابًا إلى موضع ويأتي بجوابه فأوصله ولم يكتب المكتوب إليه جوابه فله الأجرة، وكذا لو مات فأوصل الكتاب وارثه أو وصيه أجابوه أم لا .

قال: فإن لم يكن له وارث فذهب إلى الحاكم وأوصل له الكتاب رسالة ليعلم أنه أوصل الكتاب وكان ميتًا أجابه الحاكم وكتب له أخذ جميع الأجرة، قاله شُرَيْح في روضته قال والأجدى له كري الذهاب.

قلت: وقد يعضده ما سبق عن نص «الْبُوَيْطِي».

فرع: قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: إن لم ينفق السيد على عبده، فله أن يعمل بالأجرة وينفق على نفسه ولا شيء للمولى أي لا شيء له على من استأجره في هذه الحالة كما دل عليه كلامه، وفي إطلاقه نظر! وينبغي أن يقال يرفع العبد الأمر إلى الحاكم ليأمره بالإنفاق عليه أو يبيعه كما سيأتي في

....

النفقات -إن شاء الله تعالى- فإن لم يجد حاكمًا فالأمر كما قال للضرورة، وقد سبق في أوائل البيع للفرع تطابق.

فرع: ذكر في «البحر» أنه يجوز إجارة الرماح والقسي لا السياف.

قلت: القياس جوازه للنضال لا للقتال، وذكر أنه لو حدث بالعبد المستأجر مرض فهو لا يؤثر في العمل، فإن كان مما لا تعاق النفس مرضه فهو كالبناء والرعي، فلا خيار للمستأجر وإن كان مما لا تعاق النفس مرضه فيه، كخدمته في مأكله ومشربه وملبسه، فله الخيار.

قلت: ويجب الجزم بالخيار إذا حدث ذلك بالمستأجرة لرضاع أو حضانة مجردة وذكر أنه لا يجوز أن يؤجره دارًا على أن يسكنها بل يقول ليسكنها، ولا يجوز أن يقول وحدك، ذكره بعض أصحابنا، وعلى هذا لو قال: أجرتك هذه الأرض على أن تغرس ولا تزرع لا يجوز، انتهى.

وفيما ذكره نظر! ولا يخلو عن نزاع، وأنه لو استأجره لضرب اللبن، فليس عليه غير الضرب أو لتشبيه، فليس عليه غيره، ولا يلزمه إخراجه من الأتون، أو ظهر قبر لم يلزمه رد التراب على الميت خلافًا لأبي حنيفة قال في المسائل الثلاث مسألة، قال في الروضة بما يعتبر رؤيته من المعقود عليه، وفي الحمام يعرف البيوت والبئر التي يسقى منها ماؤه، والقِدَر التي يسخن فيها، ومبسط القماش والأتون، وهو موضع الوقود، وما يجمع الأتون من السرقين ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود، ومطرح الرماد والمستنقع الذي يجتمع فيه الماء الخارج من الحمام.

قلت: وعبارة «الشرحين» تعرف البيوت والقدور والأتون، وهو موضع للوقود ومبسط القماش الذي يجتمع للأتون من السرقين ونحوه إلى آخره.

وظاهر [كلام] «الروضة»[١] أنه أرد بمبسط القماش موضع وضع الثياب وأن يرى ما يجمع الأُتُوْن من سرقين ونحوه؛ وذلك لا يصح، والمراد أن يرى

(١) انظر: الروضة (٢١٤).

....

الموضع الذي يجمع فيه الوقود للأتون، وأراد الرَّافِعِي بمبسط القماش الموضع الذي ينشر فيه الزبل ونحوه ليجف، وسمي بالشام المنشر، وأما موضع الثياب فداخل في قولهم، ويعرف الثوب والقماش هنا ما يجمع للإنقاذ لا ما يلبس قطعًا، وإنما وقعت الروضة فيما سبق لأن في بعض نسخ الشرح ومبسط القماش والذي يجمع فأوقعته الواو إلى سبعة أشياء: البيوت والقدر والأتون ومطرح الرماد ومبسط الزبل والقماش والحطب، وموضع مستنقع ماء الحمام، وكذا في البيع لا بدَّ من مشاهدة هذه المواضع، فإن أخل تواجد منها لم يصح العقد انتهى.

وفي «شرح الوجيز لصاحب التعجيز»: ومبسط القماش هو الموضع الذي فيه الأتون ما يحتاج إليه الإيقاد، قال الجوهري: القمش جماع الشيء من هاهنا وهاهنا، وذلك الشيء قماش، انتهى.

فإن قلتَ: في بعض نسخ «الوجيز» و«البسيط» و«البيان» وشرح بعضهم كذلك.

قلتُ: هو يعبر من ناقل المعنى في ظنه والذي في نسخه الصحيحة، ومبسط القماش وكذا هو في «الوسيط» و«البسيط» و«النهاية».

تنبيهات مهمة:

منها: استأجر الحمام حمامًا قال ابن الرِّفْعَة: يظهر أن يكون في معنى استئجار الأرض للزراعة ولها ماء معلوم.

مطلب:

ومنها: لا يجوز إجارة الحمام بشرط كون مدة تعطيلها للعمارة ونحوها محسوبًا على المستأجر ولا على المؤجر بل العطلة عنه، فعند حصولها إما أن ينفسخ أو يجبر بكل الأجرة، قال في «الشامل» وغيره وكذا -حكم سائر العقار.

قلت: وعمل غالب الناس على خلاف ذلك بل إما أن يشرط ذلك على أحدهما، وإما أن يطلقوا العقد، ثم يسقطوا ذلك على المكتري وصار هذا

....

عرفًا مستقرًا يفعله المالك والناظر في الوقف والولي، والصواب خلافه.

ومنها: كل ما يحتاج إليه الحمام للتمكين من الانتفاع كالقبر ونحوه والأبواب والبُزل[١] والمفتاح، فعلى المكري وكل ما يحتاج إليه لاستيفاء المنافع كالقصاع والبكرة والحبل والدلو والوقود فعلى المكتري، وأما التسخين والتزويق فلا يلزم المؤجر، فإن بناء المستأجر فعله وإلا تركه، وأما تنقية الآبار والمستنقع فعلى المكتري إلا أن تكون الآبار والمستنقع مملوءة حين اكترى فيكون على المؤجر؛ لأنه من جملة التمكين من الانتفاع، قاله في «الشامل» وسبق نحوه[٢].

ومنها: قال في «الشامل»: إذا شرط على المكتري إلا أنه إن نقصه عن عمله كان ما هو واجب على المكتري فسد العقد، فلو اتفق حسب على المكري؛ لأنه أنفقه على ملكه بإذنه بشرط العوض، فإن اختلفا في قدره قال القاضي أبو الطيب في تعليقه القول قول المنفق؛ لأنه أمينه، قال أبو نصر: وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لم يأتمنه وإنما شرط عليه أن تكون النفقة عليه، وذلك لا يقتضي تأثيمًا، فأما إذا لم يشرطه عليه لكن أذن له في الإنفاق لتعديه به من الأجرة، ثم اختلفا في القدر فهل يقبل قوله أم لا؟

مطلب: قال الشَّافِعِي: لو أجره دارًا بعشرين دينارًا على أن ينفق ما تحتاج إليه الدار من هذه الأجرة فالإجارة فاسدة لمعانٍ، والقول قوله فيما أنفقه؛ لأنه أمين إذا كان ما أنفقه أقل من عشرين؛ لأن إذنه تناول الإنفاق منها، قال أبو نصر: فإذا جعله أمينًا في الإجارة الفاسدة كذلك في الصحيحة. انتهى.

وما ذكره أبو نصر ظاهر الحسن، وقد يقال في الاعتداء كما ذكره شيخه أنه إذا كان المؤجر يعلم بفساد العقد بالشرط المذكور فإنه يرجع عليه بما ينفقه فقد ائتمنه على الإنفاق.

ومنها: قال في «البحر»: لو امتنع الناس من دخول الحمام رغبة عنه فلا

---

(١) يعني: الثقوب والفتحات.

(٢) انظر: المجموع (١٥/ ١٠٢).

....

خيار، وإن كان لفتنة حادثة أو لجيران الناحية فهذا عيب يثبت الخيار، وإن كان فيه يسيره جرت العادة بها فلا خيار، انتهى.

وذكر قبل هذا بأوراق: أنه لو خربت الدور حول الدار، وبطلت الدكاكين حولها أو خربت دكاكين السوق لا خيار؛ لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه، انتهى.

وكذا قال الْمَاوَرْدِي: إن خراب ما حول الدار المستأجرة وبطلان السوق الذي فيه الحانوت لا يثبت الخيار؛ لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه، انتهى.

وهذا هو القياس وفرق بعض العصريين بأن الحمام يستأجر لدخول الناس إليها فإذا تعطل كان عيبًا بخلاف الدار والحانوت فإنه السكن وهو ممكن، انتهى.

وليس بشيء، وقضيته أنه لو حصل قحط وعدم إكساب يثبت لمستأجر الرحى الخيار ولا أحسب أحدًا يقول ذلك.

ومنها: وهو من تتمة ما قبله.

مطلب: وقع في «الفتاوى»: أن رجلًا اكترى مركبًا من عادة الناس يركبونه في نهر خارج البلد للنزهة فمنع نائب الإمام الناس من ركوب المراكب للنزهة، هل للمستأجر الخيار؟ فأجيب: لا، ورأيت فيما سمع من فتاوى الشيخ تاج الدين الفزاري: رجل استأجر حانوتًا ظاهر البلد فنزل العسكر على البلد، وأغلق الباب وتعذر انتفاعه بالمأجور وحيل بينهما وأخذت أبوابه وتعطلت منافعه ففسخ المستأجر الإجارة بعد الكتابة بمدة تزيد على شهر فهل يلزمه الأجرة للمدة التي تعذر انتفاعه بالمأجور أم لا؟ فأجاب ابن عبد السلام بأن عليه الأجرة إلى أن يفسخ ما لم يوضع على المكان به عادة، والله أعلم.

وأجاب ابن الصلاح لا يلزمه ذلك والحالة هذه غير أنه لا يحصل تعذره الانتفاع عليه بمجرد إغلاق الباب ونزول العسكر فإن كان مع ذلك منع من

....

الوصول إليه من جهة المدينة وغيرها كان مسقطًا للأجرة عنه، والله أعلم، وما قاله مشكل.

خاتمة

تلف الزرع ببرد وأكل الجراد باقيه لا بذر يسير فهل تسقط من أجرة الأرض بقدر ما فات من البقل؟

في «فتاوى الفزاري» المذكورة أن ابن الصلاح أجاب بأن الظاهر أنه لا يجب كمال الأجرة، وأن القاضي العماد ابن الخراساني أجاب إذا تعذر الانتفاع المطلوب من المأجور انفسخت الإجارة، وسقطت الأجرة، انتهى.

وكلا الجوابين مشكل والقياس والبقل يردهما، وقد أطلق الأصحاب القول بأنه لو هلك الزرع بحاجة فلا فسخ له، ولا حَطَّ شيئًا من الأجرة؛ لأن الحاجة لحقت زرعه لا منفعة الأرض، ولعل مراد الفتوى أن البرد أفسد الأرض ومنعها قوة الإنبات كما سبق بيانه إلا أن الضرر لحق الزرع خاصة، وبالله التوفيق.

كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

قال المصنف: [الْأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْإِسْلَامِ؛ فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالْإِحْيَاءِ.

قال الشارح: قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: الموات: التي لا ماء لها، ولا ينتفع بها أحد، وقال الْمَاوَرْدِي والروياني: حد الموات عند الشَّافِعِي ما لم يكن عامرًا ولا حريمًا لعامر، قرب من العامر أو بعد، وقال غيره: الموات الأرض التي لم ينبت فيها اختصاص لأحد بعمارة أو غيرها، ورأيت في «الْبُوَيْطِي»: قال الشَّافِعِي: الموات كل أرض ليس فيها قيمة، انتهى.

وذكر جماعة أن الموات قسمان: أصل، وهو ما لم يعمر قط، وطارئ وهو ما خرب بعد ما عمر، وسيأتي بيانه، والأصل في الباب قبل الإجماع كما نقله الرُّويَانِي وغيره من السنة أحاديث كثيرة منها قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»[1] رواه أبو داود والنسائي والترمذي من رواية سعيد بن زيد، وقال: حسن غريب، ورواه من رواية جابر، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

قال: (**الْأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْإِسْلَامِ؛ فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالْإِحْيَاءِ**) أي: سواء أذن فيه الإمام أم لا، ويكفي إذنه ﷺ فيه كما وردت به الأحاديث المشهورة وحديث سعيد وجابر فقد أذن إمام الأئمة وسيد المرسلين في ذلك، قال الإمام: لا يشترط في معرفة أنها لم تعمر الدرك الحقيقي يكفي ألا يرى عليها أثر عمارة ولا يراه من حقوق موضع عليه أثر عمارة ولا يعلم أنه كان عامرًا بسبب من الأسباب.

إشارة: يملك الصبي والمجنون بالإحياء كالمكلف صرح به الْمَاوَرْدِي لكن عن خط الشيخ محيي الدين من جاز أن يملك الأموال والصبي والمجنون بما كان ولا يتملكان، وفي كلام القاضي أبي الطيب في أجوبة الحنفية كل من

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦٨) والترمذي (١٣٧٨) والنسائي في «الكبرى (٥٧٣٠).

وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ.

وَإِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْكُفَّارِ فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا، وَكَذَا لِلْمُسْلِمِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا.

لا يملكه بالإحياء بغير إذن الإمام لا يملكه بإذنه كالصبي والمجنون، فيحتمل أنه أراد إلزامهم بما عندهم أو من لا تميز له أصلًا، ويحتمل أنه على ظاهره فيكون في إحيائهما وجهان.

قال: (**وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ**) للحديث: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»[١] رواه الشَّافِعِي عن طاوس مرسلًا، قال الرُّويَانِي: فخاطب المسلمين به.

قال: وروى بعض أصحابنا في «التعليق»: «ثم هي لكم مني أيها المسلمون» وفي «الكافي»: «ثم هي لكم مني أيها المؤمنون خاصة» ولأنه كافر فلا يملك الإحياء في دارنا الحربي، وقيل: للذمي الإحياء بإذن الإمام، والمذهب المنع مطلقًا، وهو ظاهر النص فعليه لو فعل نقض بناؤه، فلو بقي أثر عمارة، فأحياه مسلم بإذن الإمام ملكه، وكذا بغير إذنه في الأصح.

فرع: قال بعض المتأخرين: لا يدخل الموات في حكم وقف ولا ملك وسواد العراق وغيره بما افتتح عنوة، وتصرف فيه بوقف ونحوه إن كان فيه موات لم يشمله الوقف بل هو باقٍ على إباحته فيملكه من أحياه، والوقف يختص بما دخل في الغنيمة، وهو العامر، انتهى.

وقال صاحب «البحر»: وأما موات أراضي الفيء فأهل الفيء أولى به، ولكنه إلى اجتهاد الإمام كقسمة مال الفيء إلى اجتهاده، وسيأتي عن كلام الشيخ أبي علي وغيره ما يقتضي عدم الوفاق على ذلك.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْكُفَّارِ فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا**)؛ لأنه من حقوق دارهم، ولا ضرر علينا فيه، فملكوه بالإحياء كالاصطياد، وقوله: ببلاد كفار يشمل دار الحرب وغيرها من بلاد الكفر، وكذا إذا ما أحيوها لتكون الدار لهم، وهو صحيح.

وقال: (**وَكَذَا لِلْمُسْلِمِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا**) أي: كموات

---

(١) أخرجه الشَّافِعِي في «الأم» (٤/ ٤٥) والبيهقي (٦/ ١٤٣، رقم ١١٥٦٤).

....

دارنا، ولا يملك بالاستيلاء؛ لأنه ليس بمملوك لهم، فإن كانوا مذبين عنها لم يتملكها المسلم بالإحياء صرح به في «المحرر».

قال شارح: وهذا إنما يصح في الأرض التي صولحوا عليها على أن تكون لهم أو في أرض الهدنة، أما دار الحرب يعمروها تملك بالاستيلاء عليه كالمتحجر، فكيف لا يملك بالإحياء، والذي ينبغي أن يكون الصحيح أنه لا يملك بالإحياء كما قاله القاضي أبو الطيب، وجزم به في «الوسيط»، وشرط فيه القدرة على الإقامة، وصرح القاضي أبو الطيب في «المجرد» في موات دار الشرك: أنه يملكه كل من أحياه مسلمًا كان أو كافرًا إلا أن الكافر إذا أحياه ملكه المسلمون بالقهر والغلبة بخلاف ما أحياه المسلم، وممن صرح بأن المسلم يملك بالإحياء في دار الحرب الجرجاني وغيره، ولم يشرطوا ما قاله الْغَزَالِي، والأقرب أن الْغَزَالِي لم يذكره على سبيل الاشتراط، وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين، انتهى.

وقيل: إنه ظاهر كلام «النهاية»، وإن به صرح صاحب «التجريد»، ورأيت في «شرح التلخيص» للشيخ أبي علي لموات دار الكفار حالات: أحدها: قبل الاغتنام، وكل من أحياه من المسلمين ملكه إن لم يمنعوه منه، وكذا من الكفار أيضًا؛ لأنه في دارهم، الثاني: أن يقيم بالبلد فينظر، فإن كانوا لا يمنعونا من مواتهم قبل ذلك فحكم مواتهم حكم مواتنا، فكل من أحياه من المسلمين ملكه، وإن كانوا يدفعوا عن مواتهم فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: كان الغانمون وأهل الخمس أحق بإحيائه ممن سواهم من المسلمين، وكان ذلك بمنزلة التحجر منهم ليتملكوا الموات، فمن أراد من القائمين إحياء شيء من أربعة أخماسها كان أحق بإحيائها من سائر المسلمين؛ لأنهم شركاء في الغنيمة، ومتى ترك بعض الغانمين حقوقهم من الغنيمة إن كان ذلك للباقي منهم، فإن تركها الغانمون، وأهل الخمس جميعًا فحينئذٍ من أحياها من المسلمين ملك، ومن أصحابنا من قال: من أحياها من المسلمين ملك، والأول أصح، انتهى.

وَمَا كَانَ مَعْمُورًا فَلِمَالِكِهِ.

وهذا ما صححه الشيخان، وذكرا وجهًا ثالثًا أنه يملك بالاستيلاء بالمعمور، والثالث: وهو المذهب عند القاضي أبي الطيب أنه لا يفيد ملكًا ولا اختصاصًا بل هو كموات دارنا من أحياه ملكه.

قال: (**وَمَا كَانَ مَعْمُورًا فَلِمَالِكِهِ**) أي: حيث كان، ولا مدخل للإحياء فيه.

اعلم أن عبارة الكتاب تطلق على ما كان معمورًا فزالت عمارته، وعلى ما هو معمورًا الآن وعليه نزلنا كلامه، وهما صورتان مسطورتان، وعبارة «المحرر»: المعمور لا مدخل للإحياء فيه بل هو لمالكه، وهي إنما تصدق على الصورة الثانية كما شرحناه، وأما التي ليست معمورة، وكانت قديمًا معمورة، ففيها صورتان: إحداهما: أن تكون أرضًا براحًا أحييت بإصلاح ترابها وسوق الماء إليها، وزرعها فهلكت ثم زال ذلك عنها، وعادت إلى هيأتها الأولى، ومثل هذا إنما يعرف بكونها معمورة بالتأريخ.

الثانية: أن يكون بها آثار تدل على العمارة، فحيث عرفنا المالك أثبتنا له ذلك جميعه، وفي «الحاوي»: ما كان عامرًا ثم خرب وصار مواتًا، ضربان: أحدهما: جاهل لم يعمر في الإسلام، فينظر إن خرب قبل الإسلام كأرض عاد وتبع فتملك بالإحياء، وإن كان باقي العمارة إلى وقت الإسلام ثم خرب قيل: إن يصير من بلاد الإسلام فهو أقسام: أحدها: أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليهم؛ فتملك بالإحياء.

والثاني: أن يتمسكوا به إلى القدرة عليهم، فيكون في حكم عامرهم، ولا تملك بالإحياء.

والثالث: أن يجهل حاله، ففي جواز تملكه بالإحياء وجهان، قال في «البحر»: والأشبه بمذهب الشَّافِعِي المنع، وهو قول أبي إسحاق خلافًا لأبي الطيب الطبري، وابن أبي هريرة.

وقال الْمَاوَرْدِي: اعْلَمْ أَنَّ مَا انْدَرَسَتْ عِمَارَتُهُ مِنْ بِلَادِ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى صَارَ مَوَاتًا أَقْسَام: أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي إِحْيَائِهَا بَاقِيَةً فِيهِ

فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ فَمَالٌ ضَائِعٌ.

وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ وَلَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ ....

كَأَرْضِ الزِّرَاعَاتِ إِذَا كَانَتْ مَسْنِيَّاتُهَا بَاقِيَةً وَمَاؤُهَا قَائِمًا، وَصَارَتْ بِنَبَاتِ الْحَشِيشِ خَرَابًا وَبِتَأْخِيرِ عِمَارَتِهَا مَوَاتًا، فَهَذِهِ فِي حُكْمِ الْعَامِرِ مِنْ أَمْوَالِهِمْ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فِي الْعَنْوَةِ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي إِيجَابِهَا ذَاهِبَةً كَالدُّورِ وَالْمَنَازِلِ إِذَا ذَهَبَ آلَتُهَا وَانْدَرَسَتْ آثَارُهَا، فَحُكْمُ هَذَا عَلَى مَا اسْتَوْفَيْنَاهُ تَقْسِيمًا وَحُكْمًا.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ تَذْهَبَ بَعْضُ الشُّرُوطِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي إِيجَابِهَا وَيَبْقَى بَعْضُهَا عَارِضَ الزَّرْعِ، إِذَا ذَهَبَتْ مَسْنِيَّاتُهَا وَبَقِيَ مَاؤُهَا أو بالعكس، فقيل: عامر، وقيل: موات، وقيل: إن تقادم العهد فموات، وإلا فعامر، انتهى.

الضرب الثاني: في الأصل ما كان عامرًا من بلاد الإسلام ثم خرب، واندرست آثاره وصار مواتًا فمذهبنا أنه لا يجوز تملكه بالإحياء، هذا هو المشهور، وإن جهل أربابه فإن عرفوا فهم أحق به بلا خلاف، وإن لم يعرفوا.

قال في «البحر»: قال أبو حامد هل يملك بالإحياء فيه وجهان: أحدهما: لا، وقال القاضي ابن كج - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -: هل للإمام أن يعطيه من يعمره؟ وجهان: أحدهما: لاستقرار الملك عليه، والثاني: له ذلك إذا رأى صلاحًا لقيامه بالنظر العام، وهذا أقرب عندي، انتهى.

فعلى المذهب المشهور حكمه حكم المال الضائع يحفظه الإمام إلى ظهور مالكه، فإن رأى بيعها وحفظ ثمنها جاز.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ فَمَالٌ ضَائِعٌ**) أي: فيحفظه الإمام كما ذكرناه، وإن رأى بيعه وحفظ ثمنه فعل.

قال الإمام: وله أن يستقرضه على بيت المال، وسبق نقل ابن كج وجهين في المندرس، وترجيح الرُّويَانِي، وصور القاضي أبو الطيب المسألة فيما إذا خربت قرية للمسلمين وتعطلت.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ وَلَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ**)

حَرِيمٌ مَعْمُورٌ، وَهُوَ مَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الِانْتِفَاعِ، ....

أي: كما يملك الركاز.

والثاني: المنع؛ لأنه ليس بموات والضمير في قوله: إنه لما كان معمورًا وهو الموات الظاهر وهو قسم الموات الأصلي كما سبق؛ لكن الإسلامي من هذا القسم لا يملك بالإحياء على المذهب المشهور، ثم رجحاه في الجاهلي تبعا فيه الْبَغَوِي وغيره، وقال الشيخ أبو حامد وأتباعه: إن المذهب المنع، وتبعهم ابن الرِّفْعَة، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» والبويطي و«المختصر» يشعر به فإنه قال: الموات ما ليس عليه أثر عمارة، وسبق لفظ نص الْبُوَيْطِي، والحدود السالفة أول الباب توافق الترجيح.

تنبيه: حكى جماعة الخلاف قولين، وجماعة وجهين، وهو الأقرب، وقيل: يكون قباء والأرجح أنه مال ضائع، وقيل: إذا قلنا ليست بموات، فإن أخذت الأرض هناك فغنيمة وإلا ففيء، وقيل: ينتفع بها أحدهما بما أراد، ويكون أولى بها من غيرها، فإذا تركها كان لغيره أن ينتفع بها، وقيل: إنها لبيت المال، وقيل: إن بقي أثر العمارة أو كان معمورًا في جاهلية قريبة لم يملك بالإحياء، وإن اندرست بالكلية، وتقادم عهدها ملكت، وحمل قائلها الجوابين على ذلك، وقيل غير ذلك.

قال: **(حَرِيمٌ مَعْمُورٌ)** أي: وهو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور لا مملكوك على الأصح أو من موافقة على الثاني فعلى الأصح لو باع لمالك الحريم دون المالك قال العبادي: لا يجوز كما لو باع سرح الأرض وحده. قال ابن الرِّفْعَة: وهو بناء على عدم صحة بيع ما ينقص قيمة غيره، فإن جوزنا ذلك فيظهر جواز هذا، انتهى.

ويحتمل أن يكون مأخذ أبي عاصم أنه ملكه بطريق التبعية فلا تستقل.

قال: **(وَهُوَ)** يعني: الحريم.

(مَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الِانْتِفَاعِ) ويختلف ذلك باختلاف المعمور، وسمي حريمًا لتحريم التعرض له، وعبارة «البحر» وإنما سمي حريمًا؛ لأنه

فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ النَّادِي، وَمُرْتَكَضُ الْخَيْلِ، وَمُنَاخُ الإِبِلِ، وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا، وَحَرِيمُ الْبِئْرِ فِي الْمَوَاتِ مَوْقِفُ النَّازِحِ، وَالْحَوْضُ، وَالدُّولَابُ، وَمُجْتَمَعُ الْمَاءِ، وَمُتَرَدَّدُ الدَّابَّةِ، ....

يحرم على المالك تملكه والانتفاع به.

قال: (**فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ**) أي: وهو مجتمع القوم للحديث.

(**النَّادِي، وَمُرْتَكَضُ الْخَيْلِ**) أي: إن كانوا خيَّالة كما قيده الإمام وغيره.

(**وَمُنَاخُ الإِبِلِ**) أي: وهو بضم الميم الموضع الذي تناخ فيه.

(**وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا**) أي: والسماد والقمامات والتراب ونحوها أي: كمراح الغنم وغيرها من الماشية، ومسيل الماء، وملعب الصبيان، وطرف القرية، وسائر ما بعد عن مرافقها، وقال الإمام في مرعى البهائم: إن بُعد عن القرية المحياة فليس من حريمها، وإن قرب ولم يستغل مرعى، ولكن كانت إليها ثم يرعى فيه عند الخوف من الإبعاد، فالأصح أنه ليس من الحريم.

قال الرَّافِعِي: ومن يتعرض لما يستقبل من عين وهو قريب من القرية مطلقًا وشبه أن يقطع بكونه من الحريم، وعدَّه الْبَغَوِي وغيره من حقوق القرية مطلقًا أي: من غير فرق بين البعيد منها والقريب، وهو المختار وهذا فيما إذا لم يفحش بعده وكانت بحيث بعد من مرافقها عرفًا فيما أراه، وعبارة «الكافي»: وما انتشر الدواب إليه في الرعي عند الخوف ويختلف ذلك باختلاف القرية، انتهى.

والسرح كالمرعى وكذلك المحتطب، وعبارة القاضي أبي الطيب وغيره: أن ما انفصل عن العمران من الموات؛ ولكنه من مرافقه فليس لأحدٍ أن يتملكه بالإحياء.

إشارة: ذكر الْغَزَالِي هذه الأمور في حريم القرية المعمورة في الإسلام إلى آخره، ولابن الرِّفْعَة عليه كلام غير مرضٍ تعرضت له في «الغنية» فراجعه إن شئت.

قال: (**وَحَرِيمُ الْبِئْرِ فِي الْمَوَاتِ مَوْقِفُ النَّازِحِ**) أي: وهو المسقي بالدلو بيده.

(**وَالْحَوْضُ وَالدُّولَابُ وَمُجْتَمَعُ الْمَاءِ وَمُتَرَدَّدُ الدَّابَّةِ**) وعبارة «المحرر»: وحريم البئر المحفورة في الموات: الموضع الذي يقف فيه النازح والذي

....

يوضع فيه الدولاب ومتردد البهيمة ومصب الماء والحوض الذي يجتمع فيه الماء إلى أن يرسل وهو أصح وأحسن والمعدود من الحريم موضع الدولاب لا هو كما تقتضيه عبارة «المنهاج».

والحوض: بضم الضاد وهو مكان اجتماع الماء كما اقتضاه لفظ «المحرر» فقول «المنهاج» مع ذلك: «مجتمع الماء» بدل قول «المحرر»: «مصب الماء» ليس بجيد وقد اتفقا على أربعة أشياء، واختلف لفظهما في خامس وهو المصب والمجتمع فإن كانا واحدًا وإلا فيصبر سنة أو يكون المجتمع هو الحوض فيكون «المنهاج» وقد نقص المصب وذكر الحوض بغير اسمه وهو ما يقتضيه كلام «الشرح الكبير» فإنه قال: مصب الماء: هو الموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض ونحوه، وزاد سادسًا مجففًا وهو الموضع الذي يطرح فيه ما يخرج من البئر أيضًا من حريمه ولا سيما إذا كان كثير الأنهار لرخاوة أرضه، وفي الجديد: وله البئر ويسمونه بملقى طينها، وهذا لا شك فيه، وما أطلقه «المحرر» و«المنهاج» في موضع الدولاب ومتردد الدابة مقيد بما إذا كان الإسقاء بهما كما صرحا به في «الروضة» وأصلها؛ وذلك فيما المقصود منه السقي، أما ما يتخذ للشرب فقط قائمًا يعتبر فيه موضع المسقي.

وعبارة «البحر»: وإن حفرها لسقي الشجر والحرث كان حريمًا بمقدار عمقها فإن كان ألف ذراع كان حريمها ألف ذراع من كل جانب، وإن كان عشرة أذرع فعشرة أذرع، وهو كل قدر تمتد البهيمة والدلو إليه، وإن حفرها للسقي بالدولاب فله يدار الدولاب، وإن حفرها لسقي منها بيده فله منها قدر مقامه للإسقاء منها، انتهى.

وحكى الرَّافِعِي وجهًا أن حريم البئر عمقها من كل جانب، وأحسبه ما ذكره الرُّويَانِي وفهم ما فهم أنه غيره، والمذهب أن ذلك غير محدود؛ بل مقدر بالحاجة إذ لو جوز للغير التسلط على حريمها لأضر مالكها وتعطلت منفعة ملكه.

تتمات: احترز بقوله: «في الموات» عن المحفورة في ملكه ونحوه وحكمه واضح.

وَحَرِيمُ الدَّارِ فِي الْمَوَاتِ مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٌ وَثَلْجٌ، وَمَمَرٌّ فِي صَوْبِ الْبَابِ،

قال: (**وَحَرِيمُ الدَّارِ فِي الْمَوَاتِ مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٌ وَثَلْجٌ**) أي: لحاجتها إلى ذلك وعبارة «الكافي»: والدار إن كانت محفوفة بالموات فحريمها ما حولها من فناء الدور ومطرح الرماد والتراب والثلج ومصب الميزاب.

قال: (**وَمَمَرٌّ فِي صَوْبِ الْبَابِ**) يعني: جهته وهو في كلام الناس، والمعروف في اللغة أن الصوب نزول المطر، والصوب الصوار وليس المراد استحقاق الممر قبالة الباب على امتداد الموات؛ بل لغيره إحياء ما قبالته إذا بقي الممر له، فإن احتاج إلى ازورار وانعطاف فعل، هكذا ذكراه وفي النفس شيء مما إذا انتفى حسن الازورار والانعطاف لما فيه من الإضرار به.

فرع: قال في «زيادات الروضة»: وأما قدر الطريق نقل من تعرض لضبطه وهو مهم جدًا إلى أن قال: وإن كان بين أراضي يريد أصحابها إحياءها قال: اتفقوا على شيء، فذاك وإن اختلفوا فقدره سبعة أذرع، وهذا يعني ما ثبت في صحيح البخاري، ومسلم: «أنه ﷺ قضى عند الاختلاف بسبعة أذرع»[1] انتهى.

وهو متابع لإفتاء ابن الصلاح بذلك ولا نقل عندهما فيه، والمنقول في «الحاوي» و«البحر» في باب القيمة أن المرجع في ذلك إلى الحاجة وذكر الحديث، وقالا: إنه محمول على عرف «المدينة» فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها، وقد يكون في بعض البلاد ما هو أقل من هذا وقد يكون ما هو أكثر، وهذا في الطريق العامة، وأما الخاصة بين شريكين يتنازعان قدر الطريق فالشافعي: يعتبره للحاجة أيضًا وما جرت به العادة، وأبو حنيفة: يقدره ما يسع المحمول أو لا يضيق بها.

وقال الخطابي: في المعالم يشبه أن يكون الحديث على معنى الإرفاق والاصطلاح دون الحصر والتحديد، وكذا قال الرُّويَانِي في «البحر» والبغوي في «شرح التنبيه» في باب وضع الخشب على جدار الجار؛ لكنه قال في آخر كلامه: ويشبه أن يكون معناه إذا بنى أو قعد لبيعٍ بحسب يجب سقي المارة من

(١) أخرجه البخاري (٢٢٩٣)، ومسلم (٣٠٢٦).

وَحَرِيمُ آبَارِ الْقَنَاةِ مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقَصَ مَاؤُهَا أَوْ خِيفَ الِانْهِيَارُ ....

عرض الطريق تسعة أذرع، فامتنع؛ لأن هذا يبين ضرر المارة، وكذا في أراضي القرى التي تزرع إذا خرجوا من حدود أراضيهم إلى شعابهم لم يمنعوا إذا تركوا للمارة تسعة أذرع، انتهى.

وفيما ذكره بحث وفي المسألة مزيد كلام وتفصيل يطول ذكره، وقول الشيخ: وإن كان بين أراضي يريد أصحابها إحياءها أحسب هو لُبّ العبارة أن يقال: يريد جماعة إحياءه لأن الكلام في الموات الذي يريد إحياؤه، وأما الأراضي المملوكة من قبل فلا يجيء هذا فيها على إطلاقه قطعًا فتأمله!.

قال: **(وَحَرِيمُ آبَارِ الْقَنَاةِ مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقَصَ مَاؤُهَا أَوْ خِيفَ الِانْهِيَارُ)** يعني: السقوط ويختلف ذلك باختلاف رخاوة الأرض وإجارتها، وآبار القناة: هي التي قصدت لذلك فقط ولا يحتاج إلى موقف نازح ولا حوض ولا غيره مما سبق، وإنما يحتاج إلى حفظها وحفظ الماء، وقيل: إن حريمها حريم البئر التي يسقى منها ولا يمنع الحفر بعد ما جاوزه وإن نقص الماء وهذا ما أورده الشيخ أبو حامد ومن تابعه قالوا: لأنه خارج عن حريم البئر وبهذا صرح الْمَاوَرْدِي، وقال: إنه مذهب الشَّافِعِي وأبي حنيفة خلافًا لمالك، وجعل الرَّافِعِي الأظهر أنه ليس لغيره الحفر حيث ينقص ماؤها كما ليس لغيره أن يتصرف قريبًا من بنائه بما يضر به، ويخالف ما إذا حفر بئرًا في ملكه فنقص ماء الأول حيث يجوز.

وفرَّق في «الشامل» بأن الحفر في الموات ابتداءً يملك فلا يمكن منه إذا تضرر الغير وهاهنا كل متصرف في ملكه، وعلى هذا فدليل الوضع داخل في حريم البئر نصًا، وما حكمنا بكونه حريمًا فذلك إذا انتهى لموات إليه، فإن كان الموضع مملوكًا قبل إتمام حد الحريم فالحريم إلى حيث ينتهي الموات، انتهى كلام الرَّافِعِي.

ومنه يعرف حكم البئر المحفورة في غير الموات وأن الحريم فيما في الموات الموضع الذي ينقص الحفر فيه الماء، وفي حمل هذا على إطلاقه نظر! إذ يلزم منه أنه لو حفر إنسان في الموات بئرًا على فراسخ من الأولى فنقص بذلك ماؤها أنه يمنع، وأن حريم الأولى تمتد فراسخ ولا يخفى ذلك.

وعبارة «الكافي» وكذلك المياه في موات، جاء آخر وحفر قناة بجنبها

وَالدَّارُ الْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لَا حَرِيمَ لَهَا، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ، فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارِهِ الْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حَمَّامًا وَإِصْطَبْلًا،

فانتقص ماؤها منع منه، وقال العراقيون من أصحابنا: لا يمتنع منه وهو القياس. قال: ولو حفر نهرًا في موات، فحريمه ما يلقى فيه الطين عند الحفر، انتهى.

وقال ابن الْقَطَّان في «فروعه»: حريمه [قليلون وصنعوا له] مثل القناة في الدور وقدر روي عن الزهري أنه قال: يكون له حريم خمسمائة ذراع، وروي عنه أنه قال: أربعين ذراعًا وليس لذلك عندنا حد محدود بأن يكون على حسب العرف مقدرًا، وما يكون متبرعة لسقي الناس منها، انتهى.

إشارة: جميع ما ذكره المصنف من قوله: فحريم القرية إلى قوله: أو خيف الانهيار مفروض فيما إذا كان الملك محوفًا بالموات أو مناجمة من بعض الحوانيت.

فرع: قال الجرجاني: ليس له أن يحفر في حريم النهر المملوك وله أن يحفر في ملكه المجاور لحريم النهر سواء عمَّقه، فصرف الماء من النهر، أم لم يعمقه، كما لا يمنع من حفر في ملكه بحيث جاره للماء والحسن، وإن تعطل به بئر جاره أي: على الصحيح.

وقيل: يمنع؛ لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما من الأرض، ذكره في «البحر» فعلى الأول لو حفر في ملكه بالوعة أو بئرًا للنصف فيغير به ماؤه لقرب الكثيف لا ضمان عليه بسببه خلافًا للقفال.

قال: (**وَالدَّارُ الْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لَا حَرِيمَ لَهَا**)؛ لأن الأملاك متعارضة وليس جعل موضع حريمًا لداره أولى من جعله حريمًا لأخرى.

قال: (**وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: وإن يضر به جاره ولا ضمان عليه إذا أفضى إلى تلف كما لو اتخذ بئرًا حشًّا على الاقتصاد المعتاد، فأحيل به حائط جاره أو تغير بالنجاسة ماء بئره.

قال: (**فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ**) أي: لمخالفته العادة [والاقتيات].

(**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ الْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حَمَّامًا وَإِصْطَبْلًا**)

وَحَانُوتَهُ فِي الْبَزَّازِينَ حَانُوتَ حَدَّادٍ إِذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمَ الْجُدْرَانَ.

أي: وطاحونًا وفرنًا وغيرها.

(**وَحَانُوتَهُ فِي الْبَزَّازِينَ**) أو من أي غيرهم.

(**حَانُوتَ حَدَّادٍ**) أي: وقصار ونحوهما.

(**إِذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمَ الْجُدْرَانَ**) أي: إحكامًا يليق بها يعضده، قال: فعلى الغالب منه ظهورًا فخللَ في جدار الجار فالأصح المنع وذلك مثل أن يدق في داره دقًّا عنيفًا تزعج منه الأبنية أو يحبس الماء في ملكه بحيث تسير النداوة إلى جدار جاره.

والوجه الثاني في أصل المسالة: المنع لما فيه من الضرر، واختاره الشيخ أبو حامد والإمام ومن تابعهما، فعليه لو دقَّ فاهتز الجدار فانكسر ما كان معلقًا فيه، قال ابن الرِّفْعَة: قال العراقيون: إن سقط حالة الضرب ضمن وإلا فلا.

وقال القاضي الحسين: عندي لا ضمان في الحالين.

فرع: لو اتخذ داره مدبغةً أو حانوته فرنًا ونحوه حيث لا يعتاد، فخلاف مرتب على ما سبق وأولى بالجواز، ويجيء في الصورتين ثلاثة أوجه: ثالثها: يمنع ما يؤذي الملك دون الساكن لحانوت طباخ وخباز وسماك ونحوهم بين حوانيت العطارين، والبزازين يتأذون بدخانه وريحه، واختار ابن الصلاح وتلميذه القاضي ابن رزين في فتاويه بمنعه من كل مؤذي لم تجز العادة به مطلقًا، وأخبار الرُّويَانِي في كل هذا أن الحاكم يجتهد ويمنع إن ظهر له العيب وقصد الفساد.

قلت: وهذا وإن ضعف من حيث القياس فلا بأس به كما لو أراد أن يؤجر ملكه بين البزازين والعطارين لما ذكرنا، وثم من يستأجره للبزاز والعطف ونحوهما بمثل تلك الأجرة، فهذا اعتياد وإضرار يخص بخلاف ما لو كان ذلك حرفته وأراد أن يحترفها فيه، أو كان يستأجر للبئر ونحوه بأجرة يسيرة ولغيرها بأجرة كبيرة.

قال الرُّويَانِي: وكذا في إطالة النهار منع الشمس والقمر أي: والهواء، وقال الإمام الْغَزَالِي: القول الجلي أنه إذا جاوز العادة في التصرف وعد في

وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ الْحَرَمِ، دُونَ عَرَفَاتٍ فِي الْأَصَحِّ.

قُلْت: وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنًى كَعَرَفَةَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

حق نفسه مضرًا بها فلا يحتمل، وإن كان مرتفعًا بملكه مجاوزةً للعادة في ذلك وجبر ضرر ظاهر لم يحمل على المذهب، وإن لم يضر الساكن، وجبر ضرر ظاهر على الساكن، ففيه احتمال ظاهر.

قال: (**وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ الْحَرَمِ**) أي: كما يجوز تملك معمورة بالهبة والبيع.

قال: (**دُونَ عَرَفَاتٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لتعلق حق وقوف الحجيج بها كما يتعلق به حق المسلمين من المساجد والمرابط والطرق وحصل العبد بالصحراء.

والثاني: تجوز كغيرهما فعلى هذا هل يبقى حق الوقوف، أو لا أو إن ضاق الباقي بقي وإلا فلا وجوه، واختار الْغَزَالِي بين أن يضيق الوقف فيمنع أو لا فلا.

إشارة: كان الأحسن أن يقول: ولا يجوز في عرفات على الأصح لئلا يوهم استثناء عرفات من الحرم، وإن الخلاف فيهما، وعرفات من الحل ولا خلاف في الحرم.

قال: (**قُلْت: وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنًى كَعَرَفَةَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ**) أي: لوجود المعنى وظاهر كلامه أنه منقول، ولذلك غير في تصحيحه عنه بالأصح، وعبارة «الروضة»: وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات؛ لوجود المعنى وهي مصرحة بأنه ألحقه بها بحثًا لا نقلًا وحكاه ابن الرِّفْعَة عنه في «المطلب» ثم قال: وقد يتوقف في ذلك أي: بل يجزم بالمنع لصنفه بخلاف عرفات على أحد الوجوه وقد يؤدي المنع.

قال في «صحيح الحاكم» عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «قيل لرسول الله ﷺ: ألا نبني لك بمنى بيتًا يظلك» فقال: «لا، منى مناخ من سبق»[1] ثم قال: صحيح على شرط مسلم.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٢٢٨ رقم ٨٨١) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ١٠٠٠ رقم ٣٠٠٦)، والحاكم (١/ ٦٣٨ رقم ١٧١٤) وقال: صحيح على شرط مسلم. والدارمي (٢/ =

فَصْلٌ

وَيَخْتَلِفُ الْإِحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ فَإِنْ أَرَادَ مَسْكَنًا اشْتَرَطَ تَحْوِيطَ الْبُقْعَةِ وَسَقْفَ بَعْضِهَا وَتَعْلِيق بَاب، وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ ....

فصل

قال: **(وَيَخْتَلِفُ الْإِحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ)** أي: والرجوع فيه إلى العرف إذ الشارع أطلقه ولا حد له لغةً فرجع فيه إليه.

قال: **(فَإِنْ أَرَادَ مَسْكَنًا اشْتَرَطَ تَحْوِيطَ الْبُقْعَةِ)** أي: بالبناء بآجر أو لبن أو حجر أو طين أو خشب أو قصب بحسب العادة.

قال: **(وَسَقْفَ بَعْضِهَا)** أي: على الصحيح ليتهيأ للسكنى ويقع عليه اسم المسكن من دار أو بيت، وقال صاحب «التقريب»: لا يشترط وقد يقوى إذا اطرد عرف قوم بالسكنى في المحوطات بلا سقوف في بلاد قليلة المطر، وقد تقضي العادة إيجاد مكان للنزهة في زمن الصيف يسكن بغير سقف، وحمل حامل كلام صاحب «التقريب» عليه.

وعبارة القاضي أبي الطيب إذا حوطها وسقف عليها وقضيتها اعتبار سقف الجميع ونحوها، قول الرُّويَانِي: فأما إحياء الدار، فإن بنى الحوائط وسقف عليها، فإن ذلك العرف في بناء الدار؛ لأن السكون والإسكان لا يتأتى إلا بالسقف، انتهى.

قال: **(وَتَعْلِيقَ باب)** إذ لا يصلح للسكنى بدونه في العادة.

(وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ) لأن فقده لا يمنع السكنى، وإنما ينصب لحفظ المتاع.

فإن قلتَ: لو اتخذ دارًا أو بيوتًا فهل يكفي نصب باب لبعض بيوتها أو يعتبر النصب بكلها دون باب الدار؟ أم لها جميعها أم يكفي له فقط؟

قلتُ: المحكم العرف ويظهر أن يكفي النصب لبعضها أو لباب الدار

= ١٠٠ رقم ١٩٣٧) وإسحاق بن راهويه (٣/ ٦٨٨ رقم ١٢٨٦)، والطحاوي (٤/ ٥٠)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٤، رقم ٢٨٩١)، والبيهقي (١٠/ ١٣٩، رقم ٢٠٢٧٠).

أَوْ زَرِيبَةَ دَوَابَّ فَتَحْوِيطٌ ....

فقط، وكثير من القرى لا يجعلون للدار بابًا.

وقال الدارمي: أراد سكنى فجيء بحفر أسبابها ويأخذ في البناء، وظاهر هذا أنه بمجرد الأخذ في البناء يملك المنفعة وهو غريب، وقريب من قول القائل بأن الحجر يعيد الملك فتحصيلها على وجوه.

قال: (**أَوْ زَرِيبَةَ دَوَابَّ**) أي: أو حظيرة تجمع الثمار والغلات وغيرها.

(**فَتَحْوِيطٌ**) أي: بما جرت به العادة كما تقدم.

قال الْعِمْرَانِي: قال الصيمري: ويشترط فيه التعلية إلى حيث يمنع من أدائه، قال الشيخان وغيرهما: ولا يكفي نصب وسعف وأحجار من غير بناء؛ لأن التملك لا يقتصر عليه في العادة، وأما يفعله المختار، انتهى.

وفي «البحر»: وأما الحظيرة للدواب والماشية أو الحطب، قال: يبنى الحائط بما جرت به العادة من آجر وجص أو آجر وطين أو لبن وطين أو طين وجص أو طين وحجر، ولو اختلط على الموضع بقصب أو خشب أو شوك أو حجارة متقيدة بغير بناء، فإن تحجر ولا يملك، وقال بعض أصحابنا بـ«خراسان»: إذا أحاطه بحطب أو قصب يكون إحياء، وهذا غريب، وعندي هذا يختلف باختلاف البلاد ففي طين بستان هذا إحياء؛ لأنه جرى به عرفهم، انتهى.

وهذا صحيح وبه صرح الْمَاوَرْدِي وألحق بها خلاف عن طين بستان وخلاف كأحجار وبعض أعراب «الشام» يبنون بالجريد المجرد وفيه وجوه، والصواب أن البناء بالأحجار المجردة كافٍ وكذا بغيرها مما يعد بناء لا كما اقتضاه صدر كلامه من أنه لا بدَّ مع ذلك من طين أو جص، وعن رواية ابن أبي الدَّم ثلاثة أوجه عن «الحاوي» في التحويط بالقصب والشوك أصحهما: إن كان عادة البلد كفى وإلا فلا، وشرط في «الإفصاح» أن يعمل على الحيطان شوك وهو عرف كثير من البلاد.

فرع: قال في «الروضة»: ولو جعل البناء في طرف واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، حكى الإمام عن القاضي أنه يكفي، وعن شيخه

لَا سَقْفٌ، وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ. أَوْ مَزْرَعَةً فَجَمْعُ التُّرَابِ حَوْلَهَا، وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ وَتَرْتِيبُ مَاءٍ لَهَا إِنْ لَمْ يَكْفِهَا الْمَطَرُ، الْمُعْتَادُ، ....

المنع، انتهى.

وظاهره المنع مطلقًا، والذي في «النهاية» و«البسيط» عن شيخه ووالده أبي محمد أنه لا يملك إلا محل البناء والباقي يجري على قياس التحويط بالسعف والجريد. قلت: ويحتمل أن ينظر إلى الغالب ويعطي الجميع حكمه.

قال: **(لَا سَقْفٌ)**؛ لأنه العادة.

(وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ) أي: المتقدم في المسكن بتعليله وعندي أن الخلاف في هذا غريب على الخلاف في الدار وأولى بالعفو عن الباب، فإن الحارس والراعي يقعد وينام بباب الحظيرة بخلاف الدور والبيوت.

قال: **(وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ أَوْ مَزْرَعَةً فَجَمْعُ التُّرَابِ حَوْلَهَا)** أي: لينفصل المحمي عن غيره، وفي معناه نصب حجر أو شوك أو قصب ولا يحتاج إلى تحويط؛ لأنه العرف.

وقال الشيخ أبو حامد: عندي إذا صارت الأرض مزرعة يسوق الماء إليها فقد تم الإحياء، وإن لم يجتمع التراب حولها، وقاله غيره؛ لكن شرط فيه قصد التملك وعندي أنه مراد الشيخ أبي حامد.

قال: **(وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ)** أي: طم المنخفض وكسح المستعلي، وعبارة جماعة: إصلاح التراب، وقال الْمَاوَرْدِي بالحرث ونحوه، وقال غيره: يحرثها ويلين ترابها، فإن يتهيأ ذلك إلا بما ساق إليها فلا بدَّ منه لتتهيأ للزراعة.

قلت: من الأراضي الرخوة المزبلة ما يزرع بقلًا، فإن تأخرت فلا حاجة فيها إلى حرث، وأما ما يزرع إلا به، فكلام الرَّافِعِي وجماعة يقتضي اشتراطه، ونقله الرُّويَانِي في «البحر» عن النص، وقال في «البحر»: إنه مما لا بد منه، قيل: ويحتمل أن يكتفي بتهيئتها له إذا قلنا: يشترط الزرع، فإن شرطناه فالحرث أولى.

قال: **(وَتَرْتِيبُ مَاءٍ لَهَا)** أي شق ساقية من نهر أو بئر أو بحفر بئر أو قناة.

(إِنْ لَمْ يَكْفِهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ)، فإن كفاها لم يحتج إلى ترتيب ماء على

لَا الزِّرَاعَةُ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ بُسْتَانًا فَجَمْعُ التُّرَابِ، وَالتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ، وَيُشْتَرَطُ الْغَرْسُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

الصحيح، وإذا لم يكفها المطر وكان هناك ماء من بئر أو عين أو غيرهما، فإن حفر طريقه ولم يبق إلا إجراؤه كفى وإن يحفر بعدُ، فوجهان أرسلاهما، وقال الرَّافِعِي في شرحه الصغير: أشبهها الاكتفاء.

قال: (**لَا الزِّرَاعَةُ فِي الْأَصَحِّ**) أي استيفاء منفعة وهو خارج عن الإحياء، وهذا نصه في «الأم» والثاني لا بد منه لحصول الملك أو الدار لا تصير محياة حتى يحصل فيها عين مال للمحيى، فكذلك الزراعة، ونسب إلى ظاهر نصه في «المختصر» ونقله الرُّويَانِي في «البحر» عن النص، وكذا في «البحر» به مقتصرًا عليه وجعل في «البحر» المنع أقيس.

وقال الدارمي لم يشترط الزرع في الأم ونقل الـمُزَنِي شرطه، فقيل نقل الـمُزَنِي، وقيل: بنقل الأم، وقيل قولان، فأفاد ثلاث طرق وبما ذكرناه نعلم أن تعبير المصنف بالأصح غير سديد.

قال الرَّافِعِي: والأول يعني نص الأم أوضح والأكثرون مالوا إليه حتى غلَّط الْمَاوَرْدِي من قال بغيره.

قال: (**أَوْ بُسْتَانًا فَجَمْعُ التُّرَابِ**) أي: كالمزرعة والكرم كالبستان سواء.

(**وَالتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ**) اشترطًا، أو التحويط بالشوك والقصب كفى، وإن اعتادوا الاكتفاء بجمع التراب حوله كالبصرة وقزوين اكتفى به.

قال: (**وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ**) القول فيه كما سبق في المزرعة سواء والكرم كالبستان.

(**وَيُشْتَرَطُ الْغَرْسُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: بخلاف الزراعة على المرجح، وفرق بأوجه أحدها أن اسم المزرعة بيع الأرض قبل الزرع بخلاف البستان قبل غرسه، فإنه لا يبيعه متى شاء.

إشارات: قوله: فجمع التراب يجب حمله على تهيئة تراب أرض البستان وإصلاحه لا جمعه حوله كما يوهمه ظاهره، وقولنا: كالمزرعة، وقال في

....

«البحر»: وقيل إذا أراد الإحياء للغرس يكفي سوق الماء إليها، وإصلاح ترابها وأرضها، وقيل في كمال الإحياء: ثلاثة أوجه: أحدها: يكمل سوق الماء إليها، والحرث فقط، والثاني: لا يكمل إلا بالزرع معه أو الغرس، والثالث: قاله ابن سُرَيْج لا يكمل إلا بالزرع أو الغرس ثم بالسقي ذكره في «الحاوي»، وإن كانت الأرض من البطائح فلا بد من حبس الماء عنها؛ لأن إحياء البطائح بحبس الماء عنها كما أن إحياء اليابس بسوق الماء، انتهى.

وقال: قيل: هذا في إحياء المزرعة التي لا بُدَّ منه ثلاثة أشياء بحجزها وحرثها وسقيها، ثم حكى عن القاضي أبي الطيب أنه يكفي سوق الماء إليها أو تهيئته كما قدمناه.

قال: وهذا يدل على أنه لا يعتبر فعل السقي وهو على ما ذكر. انتهى.

واعلم أن من الناس من يشق الصخر في الشعاب وسفح الجبل وبطن الوادي ويغرس فيه للتمليك أو يكفيه ماء السماء والشرب بعروقه ولا يحفظ ولا يهيئ ترابًا، ويشبه أن يكون هذا إحياء للعرق الجاري به، ولم أر فيه نصًا، ويكون ماء يتملكه من الموضع إلى نهاية غرسه، وربما نصب أحجار مفرقة حوله أراضي الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر ونحوه، قال صاحب «التقريب»: إلى أنه لا يدخل الإحياء فيها وبه.

قال الْقَفَّال: وبنى عليه أنَّا إذا وجدنا شيئًا منها في يد إنسان لا يحكم له بملكه، ولا يجوز بيعه وإجارته، وقيل: إنها تملك بالحراثة، وجمع التراب على أطرافها، واختار القاضي الحسين وكلامهم في باب الإجارة يعضده فليكن الأصح تعبير المصنف بالمذهب في اعتبار الغرس تبع فيه «الروضة» وهو الأصح أو الصحيح، وقد يشهد للقطع قياس جماعة اشتراط الزرع في المزرعة اعتبار الغرس في البستان.

قال الإمام: هل يشترط أن يعلق الغرس أم يكفي غرس البعض؟ ذكره شيخي وفيه خلاف، والوجه عندنا أنه لا يشترط، وصححه الْغَزَالِي في «البسيط».

....

قال: قلت: فما الذي يكفي؟ قلت: لم أر فيه نصًا والأشبه اشتراط غرس ما سمي بستانًا أو كرمًا، ويحتمل أن يعتبر الأغلب ويقيد الاكتفاء بشجره أو شجرات في فضاء واسع، فإن قلت: هل يجيء في قصب باب البستان ما سبق في الروضة ونحوها؟

قلت: لم أر له ذكرًا، ويحتمل جريانه حيث جرى العرف به وجريانه في الكرم بعيد؛ لأنه غير معهود في الكرم.

فرع: إذا حضر شيخًا للتملك لم يحصل الإحياء حتى يصل إلى الماء، فإذا وصل كفى إن صلبت الأرض، وإلا فيشترط أن يطوي، وقيل: لا يشترط ذكره في «الكافي»، واختاره الإمام، وهذا في البئر المعينة، أما ما يحضر لجمع ماء المطر والسيل فلم أر فيه نصًا، ويشبه أن يكفي تهيئته لذلك وإصلاح مجرى مائه على العادة.

فائدة: القصد إلى الإحياء هل يعتبر لحصول الملك؟

قال الإمام: ما لا يفعله في العادة إلا التملك كبناء دار وإيجاد بستان بقصد الملك، وإن لم يوجد قصد وما يفعله التملك وغيره كحفر بئر بموات وزراعة بقعة منه اعتمادًا على ماء السماء إن انضم إليه قصدًا، فإذا الملك وإلا فوجهان، وما يكتفي به التملك لتسوية موضع النزول وتنقيته الحجارة لا تعيد الملك وإن قصده. انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي: من سكن الصحارى جرت عادتهم إذا أرادوا النزول في موضع رصفوه عن الحجارة والشوك، وسووا ظاهر الأرض كضرب الخيم ونحوها، وسووا أبنيته مثل معلف الدواب وتنانير الخبز وما لا بُدَّ لهم منه، فإذا فعلوا ذلك بقصد ملك المنفعة ملكوها ولا يزول ملكهم بالارتحال عنها، ولا يحل لأحد أن ينتفع بموضع إلا بإذن مالكه، وإن قصدوا الارتفاق به دون التملك ما داموا هناك، فإذا ارتحلوا كان لغيرهم والارتفاق به على ما يذكره في مقاعد الأسواق.

فَصْلٌ

وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزَ خَشَبًا فَمُتَحَجِّرٌ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ، وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ.

فصل

قال: **(وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ)** أي: ولم يتم العمل فإن عبارة «المحرر» ومن شرع في أعمال الإحياء ولم يتمها، ويحتمل أن يجعل الضمير للإحياء، وسيق عن الدارمي أنه يملك بالشروع في البناء، وهو غير الوجه القائل أنه يملك بمجرد التحجر، وسبق في «الروضة» ونحوها ما يقتضي تقييد هذا الإطلاق.

قال: **(أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزَ خَشَبًا)** أي: ونحو ذلك.

(فَمُتَحَجِّرٌ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) وهو أحق به لقوله ﷺ: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَه»[1] رواه أبو داود، ولم يضعفه.

قال: **(لَكِنَّ الْأَصَحَّ)** قلت: وهو الأظهر.

(أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ) أي: بيع حق التملك في الاختصاص كبيع علو البيت للبناء والسكنى، وزعم الفوراني أنه المذهب، وليس كذلك.

قال في «البحر»: قال أكثر أصحابنا: هذا من غلطات أبي إسحاق، وعبارة الْمُتَوَلِّي وجماعة لا يجوز بيع الأرض المحجورة، وأصل ذلك أن الأحقية أحقية اختصاص، وقيل: ملك، وهو شاذ فعليه يجوز بيعها.

قال: **(وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ)**؛ لأنه حقق الملك، فإن عصى سواء أذن الإمام أم لا هذا هو المنصوص، وقيل: لا يملكه، واختاره الْقَفَّال ورآه الإمام أقيس، وقيل: إن انضم على التحجر إقطاع الإمام منع التملك وإلا فلا، وهو حبس، وقيل: إن اتحد المتحجر في العمارة لم يملك النادر وإلا بأن رسم خطًا ونحوه ملك ذكره الْمَاوَرْدِي، وبحثه الإمام.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٧ رقم ٣٠٧١) وابن سعد (٧/ ٧٣) والبيهقي (٦/ ١٤٢، رقم ١١٥٥٩)، والضياء (٤/ ٢٢٧، رقم ١٤٣٤).

وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحَجُّرِ قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ أَحْيِ أَوْ أُتْرُكْ، فَإِنْ اسْتَمْهَلَ أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً.

تنبيه: لك أن تحمل قوله: أحياه على ما قبل البيع وبعده تفريعًا على الصحيح، وإذا قلنا: لا يجوز البيع فأحياه غير المشتري ملكه، ولا شيء على المشتري، وإن أحياه المشتري فإن كان قبل الحكم يفسخ البيع له فوجهان: أحدهما: يملكه بالتغلب، والثاني: لا بل هي للمتحجر؛ لأن المشتري فضل تملكه بالثمن دون الإحياء، فإذا لم يلزمه الثمن لفساد الأول لم يملك، والأول أصح.

قال: (**وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحَجُّرِ قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ**) قال له السلطان يعني الإمام أو نائبه: (**أَحْيِ أَوْ أُتْرُكْ**) لأنه نوع حمى، فمنع، والرجوع في طول المدة إلى العرف.

قال: (**فَإِنْ اسْتَمْهَلَ أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً**) أي: ذكر عذرًا في التأخير من إباق العبد وإصلاح الآلة أمهله الإمام حتى يزول العذر، وإن لم يذكر عذرًا لكنه استمهله إمهالًا أكثره ثلاثة أيام قاله في «البحر» وقال: إن المراد به الأخذ في الإحياء والابتداء به.

قال: ومن أصحابنا من قال أمهله عشرة أيام وأكثره شهرين وهذا أجود انتهى.

والأصح أن المرجع في المدة إلى رأي الإمام لا التقدير بثلاثة ولا غيرها.

وقال القاضي الحسين والإمام: إنها مدة يتهيأ فيها أسباب العمل، فإن مضت المدة، ولم يشتغل بالإحياء بطل حقه وملكه من أحياه قولًا واحدًا سواء أذن له الإمام أم لا.

إشارة: قيل قيدا الرَّافِعِي والْمَاوَرْدِيّ الإمهال بما إذا ذكر عذرًا كغيبة ماله أو غلمانه وإلا له أو عدمها، وعبارة الرُّويَانِي ما قدمناه، وفي «شرح التعجيز»: قال الإمام: ولا ينظر بعذر كسفر ونحوه.

وقال الْمَاوَرْدِي: ينظر، وهذا عكس النقل الأول عنه.

فَصْلٌ

وَلَوْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ كَالْمُتَحَجِّرِ.

وَلَا يُقْطِعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الْإِحْيَاءِ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، وَكَذَا التَّحَجُّرُ.

تنبيه: هل ينظر اختصاص المتحجر بمجرد طول الزمان من غير رفع إلى الإمام أم لا بُدَّ من الرفع إليه؟ على وجهين: الأول: اختيار أبي إسحاق والإمام، والثاني: اختيار الشيخ أبي حامد وأتباعه وقضية كلام الكتاب، وبنى عليها هل المعتبر الإحياء بغير إذن الإمام؟ فعلى قول أبي إسحاق: يجوز، ولا يأتي فيه الخلاف أنه تملك كالمتغلب، وعلى رأي أبي حامد: لا يجوز إلا بإذن الإمام، فإن أحياه بلا إذن فعلى الخلاف المذكور في المتغلب ولو مات المتحجر قام ورثته مقامه، أو جن قام وليه مقامه في إحيائها له إن رآه، فإن أحياها لنفسه فحكمه حكم المتغلب، قاله في «البحر».

فصل

قال: (**وَلَوْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ**) أي: بمجرد الإقطاع كالمتجرد ليظهر فائدة الإقطاع.

وفي الصحيحين: «أنه ﷺ أقطع الزبير وأقطع وائل بن حُجر أرضًا بحضرموت»[١] صححه الترمذي.

وفي الباب عدة أحاديث، وإذا طالت المدة وأحياه غيره كالحكم كما تقدم في المتحجر وحده، قول المصنف: كالمتحجر.

قال: (**كَالْمُتَحَجِّرِ وَلَا يُقْطِعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الْإِحْيَاءِ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ**) لأنه غير المصلحة.

قال في «البحر»: إذا سأله رجلان إقطاع أرض أقطع أقواهما على عمارتها، فإن كانا سواء أقرع بينهما.

قال: (**وَكَذَا التَّحَجُّرُ**) أي: لا يتحجر إلا ما يمكنه القيام بعمارته، ولا يزيد

---

(١) أخرجه الترمذي(١٣٨١). وانظر: تلخيص الحبير للحافظ (٤/ ١٠).

....

على قدر كفايته، فإن زاد قال الْمُتَوَلِّي: فلغيره إحياء ما زاد على كفايته، وما زاد على ما يمكنه عمارته، وقال: غيره لا يصح تحجره أصلًا؛ لأن ذلك القدر غير متعين.

قال في «الروضة»: قلت: قول الْمُتَوَلِّي أقوى، والله أعلم ولك أن تجيب عن المراد بكافيته هل هو ما يحتاج إليه لسكنه والارتفاق نقلته فقط، أو أعم من ذلك حتى لو أراد أن يحيي مواتًا متسعًا يفضل عن كفايته أضعافًا مضاعفة كان له ذلك الأشبه بكلام الأصحاب.

الثاني: فله أَنْ يَحْمِيَ قَرْيَةً عَظِيمَةً يُمْكِنُهُ إِحْيَاؤُهَا لِتَمَوُّلِ غَلَّاتِهَا ولا حجر عليه في ذلك، وَيَكُونُ أَحَقَّ بِهَا بحجره من أراضيها، وَإِنْ اتَّسَعَتْ خُطَّتُهَا.

فرع: قال شارح: الإقطاعات المعروفة في عصرنا للجند في أرض عامرة للاستغلال وتكون لهم فوائدها ومنافعها ما لم ينتزعها منهم السلطان أو يموتوا؟ لم أر له ذكرًا في كلام الفقهاء، وسميته إقطاعًا مخالفًا لقولهم: إن الإقطاع إنما يكون في الموات، وتجويزه يحتاج إلى أصل أستند إليه، وإلى تخريج طريق [قطعي] حتى أنه بمجرد الإقطاع ملك المنفعة أو الفوائد أو أنه يملكها مادامت في يده شيئًا فشيئًا.

وإن قلنا: بأنه لا يملكها وإنما يقوم مقام الإمام في استغلالها وإيجارها، ثم [استثنى] شيء بما يتحصل منها اقتضى تسليط الإمام على أخذه قبل استثنائه، وأنه ملك لبيت المال، وكل ذلك مشكل، وعلى الفقيه النظر في ذلك.

قال: وقال القاضي عياض: الإقطاع تسويغ الإمام بيت المال شيئًا يراه أهلًا لذلك وأكثر ما يستغل في إقطاع الأرض، وهو أن يخرج منها له ما يجوزه إما أن يملكه إياه فيعمره أو يجعل له عليه مدة.

قال: وهذا معنى الإقطاع في هذا الزمان إلا إن اصطلحناه لم يذكروه هكذا.

قال: ولا أحسب في جواز الإقطاع للاشتغال، خلافًا إذا وقع في محله لمن هو من أهل النجدة، وقدرًا يليق بالحال من غير مجازفة، وسيأتي إن شاء الله

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وَضَالَّةٍ وَضَعِيفٍ عَنْ النُّجْعَةِ، ....

تعالى في كتاب الوقف ما يشهد لهذا، أو ممن ذكره هناك القاضي أبو علي الفارقي، ورأيت في مصنف لبعض أصحابنا سماه كتاب «معرفة كتاب أراضي الإسلام» ويصرف صرح فيه أنه يجوز للإمام أن يقطع الأجناد من أراضي بيت المال ما يحتاج إليه على قدر حاجته من غير زيادة.

قال: وما يأخذه الجند على المزارعة ليس بخراج، وهو أجرة الأرض، ويحل لهم تبادل الغلة وغيرها إذا كان بالاتفاق، وألزمناه فأما الزيادة على ذلك فحرام قطعًا.

قال: وكذا ما يأخذه المقطعون من الفلاحين والمزارعين على الدواب والغنم والعسل والدجاج، فهو جور وظلم. انتهى وفيه أشياء حسنة لكن مصنفه مجهول وسيأتي في هذا زيادة إيضاح إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وَضَالَّةٍ وَضَعِيفٍ عَنْ النُّجْعَةِ)** أي: عن الذهاب لطلب الرعي وغيره، وهي بضم النون لأنه ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[1] رواه البخاري.

قال الشَّافِعِي: وهو يحتمل تعيين أخذهما ألا يكون لأحد أن يحمي للمسلمين غير ما حماه ﷺ فلا يكون لوالٍ أن يحمي، والثاني معناه الأمثل ما حمى ﷺ ومن هذا الكلام أثبت الأصحاب القولين، والأظهر عند الجمهور: الجواز، ومنهم من قطع به لأنه ﷺ أحمى النقيع بالنون للخيل خيل المسلمين[2]. رواه ابن حبان.

---

(١) أخرجه الشافعي (١/ ٣٨١)، والطيالسي (ص ١٧١، رقم ١٢٣٠)، والبخاري (٣/ ١٠٩٧، رقم ٢٨٥٠)، وأبو داود (٣/ ١٨٠، رقم ٣٠٨٣)، وابن حبان (١/ ٣٤٧، رقم ١٣٧)، والدارقطني (٤/ ٢٣٨) وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢/ ١٦٩، رقم ٩٠٥)، وابن الجارود (١/ ٢٥٤، رقم ١٠١٦)، والطحاوي (٣/ ٢٦٩)، والبيهقي (٦/ ١٤٦، رقم ١١٥٨٥).

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٦٨٣).

....

وحمى عمر رضي الله عنه السرف والربذة[١]. رواه البخاري.

وروى أيضًا أنه حمى النقيع بلاغًا[٢]، وسد الحوزي فرجح المنع لما سبق، ولأنه ليس له أن يحمي لنفسه، فلا يحمي لغيره.

تنبيهات وتتمات:

منها: الإمام الذي تردد قول الشَّافِعِي فيه هو الخليفة، وليس لوالي الإقليم وأمير البلد أن يحمي إلا بإذن الإمام، صرح به الْمَاوَرْدِي والروياني وألحق الفوراني الولاة الخليفة، وحكى فيهم القولين، ووافقه الرَّافِعِي، ورجح الجواز، والمختار خلافه، ونص الشَّافِعِي يقتضي القطع بأن ذلك للخليفة خاصة دون غيره من الولاة، قاله بعض محققي المتأخرين.

وقال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: الولاة الذين دون الخلفاء إن لم يجوز للخلفاء فلا يجوز لهم، وإن جوزناه للخلفاء ففيهم قولان: أحدهما: لا؛ لأنه من الأمور العامة فيختص بالأئمة والخلفاء، والثاني: يجوز كالحكومات وسائر المجتهدات. انتهى.

ومنها: قالا في «الحاوي» و«البحر» لو أن والي الصدقات اجتمعت عنده مواشيها وقبل المرعى وخاف عليها التلف إن لم يحم لها فإن منعنا الإمام بهذا أولى، وإلا ففي جوازه لهذا عند الضرورة وجهان: أحدهما: يجوز كما يجوز أن يبيع ما في يده من الصدقة عند الضرورة دون غيرها فعلى هذا يتقدر الحمى بزمان الضرورة ولا يستديمه بخلاف حمى الإمام، والثاني: لا يجوز إذ ليس له أن يدفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء، قالا: وهذا أصح، وفي «زوائد الروضة»: أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلدٍ هل له أن يحمي موضعًا لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبو حامد: قيل: له ذلك ولم يذكر خلافه، وقال ابن كج: إن منعنا حمى الإمام فذا أولى وإلا فقولان. انتهى[٣].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧٠).

(٢) انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٢٩٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٤٦).

....

والتحقيق في النقل ما قدمناه من الاختصاص بحال الضرورة، ومنها محل القولين في أن الإمام إنما يحمي إذا كان لا يضر بكافة المسلمين فإن كان ما يحميه قليلًا من كثير يكفي المسلمين ما بقي من مواتهم، قاله القضاة الْمَاوَرْدِي والحسين والروياني، وعبارة الدارمي: إنما يحمي ما لا يضر بالغير.

وقال الرَّافِعِي: ولا يحمي إلا الأقل الذي لا يتبين ضرره على الناس، ولا تضييق الأمر عليهم.

ومنها: لو حمى واحد من الناس مواتًا، ومنع الناس منه زمانًا، ورعاه وحده رفع الإمام يده عنه، ولم يغرمه شيئًا ليس للمالك ولا يغرمه؛ لأنه أخذ مستحقه، وينهاه عن مثل تعديه قاله في «البحر» و«الحاوي».

وفي «زوائد الروضة»: أنه لو دخل الحمى من أهل القوة فزعًا من ماشيته قال أبو حامد: لا غرم عليه، ولا تعزير لكن يمنع من الرعي، ونقل ابن كج عن النص أنه لا غرم عليه، وليس هذا مخالفًا لما ذكرناه في كتاب الحج أن من أتلف شيئًا من شجر البقيع أو حشيشته ضمنه على الأصح. انتهى.

وفي منعه من الرعي نظر، وينبغي أن يمنع من المنع، قال ابن الرِّفْعَة: وشبيه أن يعزر على منع غيره إذا علم تحريمه. انتهى.

ولعل عادم التعزير لمن جهل التحريم فلو جهله ونهاه الإمام فأضر فلا ريب في تعزيره.

ومنها: يحرم على الإمام الماء المعد لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلا خلاف، ذكره الشيخ المصنف في «تهذيبه» قاله في «الروضة».

قال: ويحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضًا عن الرعي في الحمى أو الموات بلا خلاف.

ومنها: قول المصنف بقعة موات ينبه على أن الحمى إنما يكون في الموات كالتحجر والإقطاع للعمارة، وقوله: لرعي نعم جزية وصدقة يعني أن الحمى

وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ مَا حَمَاهُ لِلْحَاجَةِ، ....

لأجل ذلك، وذكر النعم واستعماله غالب في الإبل، ويستعمل كثيرًا في الغنم والبقر أيضًا، ولا شك أن الحمى قد يكون لخيل المجاهدين بل هو أعظم ما يراد لأجله، وقوله: وضالة معطوف على نعم، والضالة قد تكون من النعم، وقد يكون من غيرها، ويشبه أن يلحق بخيل المجاهدين الظهر الذي يحتاجون إليه في الغزو، وقوله: وضعيف المراد وهم ضعيف، وعبارة «المحرر»: ومواشي الدين يضعفون وهي أبين وأحسن وابن عمر - رضي الله عنهما - في إدخال مواشي الضعفة في الحمى، ومنع الأغنياء مشهور.

ومنها: ظاهر كلام الْغَزَالِي وغيره أنَّا جوزنا للإمام أن الحمى فليس له أن يجيء للمسلمين، وأهل الذمة، وفي أحكام الْمَاوَرْدِي أنه إذا جرى على الأرض حكم الحمى استيفاء لمواتها ومنعًا من إحيائها ملكًا، ورعى حكم الحمى، فإن كان لكافة الناس فسيأتي في رعي كلأ به الغني والفقير والمسلم والذمي بخيله وماشيته، وإن خص به المسلمين اشترك فيه غنيهم وفقيرهم، ومنع أهل الذمة، وإن خص به الفقراء والمساكين اختصوا به، ولا يجوز أن يخص به الأغنياء دون الفقراء ولا أهل الذمة دون المسلمين، وإن خص به نعم الصدقة أو خيل المجاهدين لم يشركها غيرها فيه، وإن كان عامًا لم يجز أن يختص به أغنياؤهم، وفي تخصيص فقرائهم وجهان. انتهى.

وفي تصوير الحمى العام إسكان، وقد يراد به منع احتشاشه وحنط الشجرة ونحو ذلك، بل برصده المرعى خاصة.

قال: **(وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ مَا حَمَاهُ لِلْحَاجَةِ)** رعاية للمصلحة، والمراد بالحاجة ما يدعو إلى ذلك من المصلحة، وليس من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، والثاني: لا لتعينه لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة.

تنبيهات: كلامه يفهم أنه ليس له نقض حمى غيره من الأئمة، والمشهور أنه يحمي بنفسه إذا ظهرت المصلحة في نقضه، وقيل: ليس له ذلك، وإن شاع له نقض حمى نفسه ولا ينقض ما حماه رسول الله ﷺ بحال على المذهب، وينبغي أن يخصص طريقة الوجهين فيه بما إذا قطع بزوال العلة، وحدوث ما يقتضي

وَلَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ.

فَصْلٌ

مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ الْمُرُورُ، وَيَجُوزُ الْجُلُوسُ بِهِ لِاسْتِرَاحَةٍ وَمُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا ....

التغير بحيث يقطع أنه لو كان ﷺ حيًّا لغيره، فهذا يحتمل جريان خلاف فيه، وأما بدونه فلا، ولا ينقض ما حماه عمر رضي الله عنه على الصحيح كما قاله الشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» و«صاحب المعتبر» وبه جزم الصيمري في «شرح الكفاية» واستثنى صاحب «الرونق» من الأئمة الخلفاء الأربعة، فقال: فيهم قولان أصحهما: أنه لا يجوز، وهو حسن غريب، فإن فعلهم رضي الله عنهم أعلا من فعل كل إمام بعدهم، ولم يتبين هل مراده مجموعهم.

كما قال أبو حازم: إنه إجماع أو كل واحد منهم وهو الأقرب إلى كلامه، وجعل صاحب «التلخيص» القولين في حق الخلفاء الأربعة، وأما حمى من بعدهم فيجوز نقضه أي: قولًا واحدًا.

قال الشيخ أبو علي: وأصحابنا لم يفرقوا في موضع بين حمى الخلفاء الأربعة وبين من بعدهم جعل المسألة على قولين، ويشبه أن يكون ما قاله صاحب الكتاب على قياس قوله القديم من جواز تقليده الصحابي فألحق حكمهم بحكمه ﷺ. وأما أصحابنا على قوله الجديد فسووا بينهم وبين من بعدهم. انتهى.

فحصلنا في نقضه حمى غيره على مقالات.

قال: **(وَلَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ)** أي: الإمام لنفسه أي: وفاقًا، قال: وذاك من خصائصه ﷺ ولم يقع ذلك منه، قال ابن الرِّفْعَة: ولو وقع لكان لمصلحة المسلمين لأن كل ما هو مصلحة له انتهى، وليس للإمام أن يدخل مواشيه في حماه؛ لأنه من الأقوياء.

قال: **(فَصْلٌ: مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ الْمُرُورُ)**؛ لأنه وضع لذلك وهو مستحق الناس كافة، وعبر المصنف في «الصلح» عن الشارع بالطريق النافذ، قال ابن الرِّفْعَة: وبين الطريق الشارع اجتماع وافتراق أو الطريق كذلك.

قال: **(وَيَجُوزُ الْجُلُوسُ بِهِ لِاسْتِرَاحَةٍ وَمُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا)** أي: كانتظار رفيق

إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى الْمَارَّةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ الْإِمَامِ، وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا.
وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ أُقْرِعَ، وَقِيلَ يُقَدِّمُ الْإِمَامُ بِرَأْيِهِ.

وسؤال وغيره، وله الوقوف أيضًا لذلك، وللإمام مطالبة الواقف بقضاء حاجته والانصراف، قاله في «الشامل».

قال: (**إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى الْمَارَّةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ الْإِمَامِ**) أي: ذلك لاتفاق الناس عليه سلفًا وخلفًا من غير نكير.

قال: (**وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا**)؛ لأنه لا يضر بالمارة والعادة جارية به وكان الأحسن أن يقول ونحوها كما صنعنا في «الشرحين» و«الروضة» لئلا يوهم أن له البناء والسقف والتطيين ونحوها، وصورة المسألة: إذا كان ما يظلل به مما ينقل كالبارية والعباءة والثوب، فإن أثبت شيئًا لم يجوز رسومًا في نصيب التركة في الصلح. قال في «الكافي»: ويمنع من ينازله، وهل وضع سرير؟ يحتمل وجهين.

قال: (**وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ أُقْرِعَ**)، وعلل بعدم المزية، وهذا في المسلمين، وأما الذمي فيشبه أن يقدم المسلم عليه بلا قرعة، إن أثبتنا للذمي في هذا الارتفاق، وقد أرسلا فيه وجهين عن رواية ابن كج، وظاهر كلام «الوسيط» وإطلاق الكتاب وغيره أن له ذلك وعليه العمل بلا نكير، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه الذي يظهر بصحيحه؛ لأن ضرره لا يتأبد، ولعل محل الوجهين في شوارعنا، أما لو انفرد الذميون بمحلة فيظهر التسوية بيننا وبينهم في شوارعها، ثم رأيت الدارمي قال في أصل المسألة: فإن استأجرا ثياب وكان أحدهما مسلمًا فهو أحق، ثم حكى الوجهين، وحاول ابن الرِّفْعَة إثبات وجه ثالث بأنه يجوز ذلك للذمي بإذن الإمام لا مطلقًا إلحاقًا له بالموت على وجه، وصحح عدم الاحتياج، أما المسلم فلا يحتاج قطعًا.

قال: (**وَقِيلَ يُقَدِّمُ الْإِمَامُ بِرَأْيِهِ**) أي: باجتهاده كمال بيت المال، قال الْمَاوَرْدِي: والوجهان مثبتان على أن نظر الإمام في الشارع هل هو مقصود على التعدي، ومنعهم من الإضرار وقطع الشارع أو نظره نظر مجتهد فيما يراه صلاحًا من إخلاس من يخلسه ومنع من يمنعه وتقديم من يقدمه كما يجتهد في مال بيت

....

المال؟ وفيه وجهان، فإن قلنا: بالأول أقرع، أو بالثاني قدم من شاء باجتهاده، ولا يجيء فيه الوجه الثالث في المعدن الظاهر أنه يقسم بينهما أو قسمته هنا بينهما لا يمكن هكذا أورده في «البحر».

فرع: منع بعض وكلاء بيت المال في زمننا من الشارع ما يزعم أنه فاضل عن حاجة المسلمين باطل؛ لأن البيع يستدعي لعدم الملك، ولو جاز ذلك لجاز للإمام بيع الموات، ولا يعرف من قال به، قال ابن الرِّفْعَة: ولا أدري بأي وجه يلقى الله تعالى، وهذا مراد «صاحب التنبيه» بقوله: «ولا يجوز فيها البناء ولا البيع ولا الشراء» أي: لا يجوز بيعها ولا شراؤها، وقيل: إنما ذكر الشراء وإن كان البيع يغني عنه؛ لأنه ربما يوهم أن الإمام إذا باع شيئًا من ذلك جاز الشراء منه فأراد نفي هذا التوهم.

قلت: وفي معنى الشوارع والرحاب الواسعة بين الدور في المدن بأنها من المرافق العامة كما صرح به في «البحر»، وقيل: نَقَلَ فِي «الشَّامِلِ» الْإِجْمَاعَ عَلَى مَنْع إقْطَاعِ الْمَرَافِقِ الْعَامَّةِ، وَالْبَيْعُ أَوْلَى بِالْمَنْعِ، وَقَدْ عَمَّتْ الْبَلْوَى بِالْبِلَادِ الْحَلَبِيَّةِ وَمَا وَالَاهَا بِبَيْعِ وُكَلَاءِ بَيْتِ الْمَالِ الْمَوَاتَ الْعَارِيَ عَلَى حَافَّاتِ الْأَنْهَارِ الْقَدِيمَةِ الْعِظَامِ وَغَيْرِهِمَا لِعَمَلِ الطَّوَاحِينِ وَغَيْرِهَا وَيَسْتَشْهِدُ مَنْ لَا عِلْمَ لَهُ وَلَا دِينَ بِأَنَّ ذَلِكَ جَارٍ فِي مِلْكِ بَيْتِ الْمَالِ وَيُثْبِتُ ذَلِكَ أَمْثَالُهُمْ مِنْ الْحُكَّامِ وَيَحْكُمُونَ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ وَالْمِلْكِ مِنْ غَيْرِ نَقْلٍ وَلَا عَقْلٍ، وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللهِ.

فرع: هل للإمام مدخل في إقطاع الشوارع للارتفاق؟ وجهان: أصحهما عند الجمهور وهو المنصوص: نعم، واختار الجوهري والقفال المنع، ورجحه الْغَزَالِي، قال: لأنها منتفع بها من غير عمل فأشبهت المعادن الظاهرة، ولأنه لا مدخل للتملك فيها فلا معنى للإقطاع بخلاف الموات.

قال الرَّافِعِي: وللنزاع مجال، قوله: ولا مدخل للتملك فيه؛ لأن في «الرقم»[1] و«شرح مختصر» الجويني لابن طاهر روى وجه أن للإمام أن يملك

---

(١) لأبي القاسم العبادي.

....

من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق، وذكر الرَّافِعِي في الجنايات في حفر بئر في شارع بإذن الإمام أن الذي أورده أصحابنا العراقيون والروياني والمتولي: لا ضمان، وحق زواله أن يخصص قطعة من الشارع ببعض الناس، وأن الخلاف راجع إلى ما تقدم في إحياء الموات أن إقطاع الإمام هل له مدخل في الشوارع؟

بينا أن الأكثرين قالوا: نعم، يعني: تجويز الإقطاع، وقوله: وجوزوا للقطع أن شيء فيه قد يتمشى على قوله من جوز بناء دكة في الشارع لكن الأصح خلافه، وقوله: ويمتلكه لا يتمشى إلا على ما نقله عن «الرقم» وهو وجه شاذ منكر، وعن «روضة» شُرَيْح: أن الإمام لا يملك الشوارع، وقيل: يجوز ببدل. انتهى.

وهذا إن ثبت أشذ من وجه «الرقم» وأما الرَّافِعِي فالظاهر أنه لما تكلم في الجنايات حال عهده بما ذكره في الصلح وإحياء الموات ولم يجزوه، قال ابن الرِّفْعَة: وكيف ورد فهو بعيد. انتهى.

وجوز أنه سقط شيء من كلامه فجاء نظمه هكذا، والله أعلم.

فرع: عن «الإحكام» للماوردي إذا قلنا بدخول الإقطاع فلا يحصل السابق أحق يعني السابق بعد الإقطاع، وأما لو سبق واحد مثل الإقطاع فينبغي امتناع الإقطاع لغيره قطعًا مادام حقه باقيًا لقوله ﷺ: «**مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَه**»[1] فالسبق موجب للأحقية بالتصرف بالنص، والإقطاع موجب للأحقية على الأصح، فإن تعارضا قدم الأقدم تاريخًا.

قال قائل بحثًا: فلو حصلا معًا ينبغي تقديم الأسبق ثبوتًا بالنص، وإنما لم يقدمه بعد الإقطاع إلا بالجعل إلا بجعل الإقطاع سبقًا. انتهى.

ورأيت في «البحر»: أنه لو أقطع الإمام موضعًا من مقاعد الأسواق ليبيع فيه متاعه فسبق إليه واحد قبله فوجهان: أحدهما: السابق أحق إذا قلنا نظر الإمام مقصور على منع الضرر، والثاني: في أن المقطع أحق منه، إذا قلنا نظره نظر اجتهاد، انتهى. وهو من «الحاوي».

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكًا لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلًا إِلَى غَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ، وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ إِلَّا أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ.

فرع: قال في «البحر»: قال أصحابنا: حكم رحاب الجوامع حكم الطريق الواسع، وللإمام أن يقطع منها موضعًا لمن يبيع ويشتري إذا كان ذلك لا يضر بالمارة؛ لأنه لمرافق المسلمين.

قال: والارتفاق بالصحاري والفلوات لنزول المسافرين لا يضرون بمجتاز ولا يمنعون سائلًا.

قال: والارتفاق بأفنية المنازل والأملاك كمقاعد الباعة في أفنية الدور، فإن ضرَّ بأربابها منعوا من الجلوس إلا بإذنهم، وإلا فإن كان الجلوس على عتبة الدار لم يجز إلا بإذن، وإن كان في فناء الدار وحريمها حيث لا يضر بها ولا بمالكها فقولان: أحدهما: يجوز بلا إذن؛ لأن من ذلك مرفق عام كالطريق، والثاني: لا يجوز إلا بإذن؛ لأنه أحق بحريمها ولا يجوز أن يأخذ عليه الأجرة بحال كما لا يجوز بيعه بانفراده فعلى هذا لو كان صاحب الدار محجورًا عليه يجز لوليه أن يأذن فيه، ولا فرق بين كون المالك مسلمًا أو ذميًا، ولمالك الدار أن يقيمه ويقدم من شاء. انتهى.

قال: (**وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكًا لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلًا إِلَى غَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ**) أي: لإعراضه عنه وسواء فيه للقطع وغيره فيما أراه.

قال: (**وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ إِلَّا أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ**) لأن الغرض من الموضع المعين أن يعرف فيعامل، وهذا الضبط ذكره الإمام والغزالي، وقال الرَّافِعِي: إنه أشبه بالمذهب، وفي «الروضة» إنه المذهب ونقله في «البحر» عن بعض الخراسانيين فقال: إنه خلاف ظاهر المذهب، وحكى في «البحر» عن الْقَفَّال إنه لو انشغل عنه إما بعذر من مصيبة أو ظلم ظالم فهو أحق له، وإذا أعاده لو فارقه ليلًا ولا فرق بين الإقطاع وغيره. قال: وهذا غريب بخلاف ظاهر المذهب. انتهى.

قال الرَّافِعِي: والمصنف على طريقة الإمام، وسواء فارق بعذر بسفر أو مرض أو بلا عذر فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته وليس لغيره

....

مزاحمته في اليوم التالي.

قالا : وكذا الأسواق التي تقام في كل أسبوع أو في كل شهر مرةً وإذا اتخذ فيها مقعدًا كان أحق بها في النوبة الثانية، وقال الإصطخري : إذا رجع ليلًا فمن سبقه أحق، وقاله طائفة منهم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني ونسبوه إلى الجمهور، وقال صاحب «الكافي» من المراوزة: إنه المذهب وأقر المصنف في تصحيح قول ابن الصباغ : إن جلس بإقطاع الإمام لم يبطل حقه بقيامه، وإن استقل وترك فيه شيئًا من متاعه بقي حقه، وإلا فلا.

قلت: وفرَّقوا بأن الإقطاع باقٍ، وإن زالت هذه وغيره لا إقطاع ولا بدَّ، والمذكور في «الوسيط» و«الإبانة» أنه متى قام لأجل الليل لا يبطل حقه، ولذا لو غاب يومًا أو يومين لمرضٍ أو سفرٍ وإن طالت غيبته بطل حقه وعلى ما نُقل عن الإصطخري جرى الْمَاوَرْدِي والمتولي ونقله عن نص الشَّافِعِي ﵁ ونقله الْعِمْرَانِي عن الشيخ أبي حامد والبغداديين من أصحابنا، وحينئذٍ فهو المنصوص.

وقول الجمهور: نعم الفرق بين القطع وغيره لائح إذ لو انقطع حقه بقيامه لم يكن للإقطاع معنى؛ لكن نص في «الأم» أن للمقطع الانتفاع بما أقام فيه، أو وكل له، وحمله ابن الرِّفْعَة على حارس المتاع.

قيل: ومفهوم النص أنه إذا لم يترك متاع ولا وكيل بطل حقه، وإن كان مقطعًا فينبغي حمل ذلك على ما إذا كان الإقطاع في العرف محمولًا على مدة مقامه، أما إذا قدر مدة ولم ينقص فلا ينبغي سقوط حقه، وكذا إذا قام فبادر غيره ينبغي منعه، وإذا لم يكن للإقطاع فائدة فالإقطاع بمنزلة السبق، انتهى.

وهذا بحث حسنٌ، ويشبه قول الشَّافِعِي: ما إذا قام معرضًا، وأن يكون مراده بوكيله الحافظ والثابت في الحرفة عنه.

فروع: قال الْمَاوَرْدِي وغيره: لو جلس في فناء طريق حتى تقادم عهده ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: معرفة ما لم يسبقه إليه غيره.

....

والثاني: مقام عنه ويمنع منه لئلا يصير ذريعة إلى تملكه وادعائه.

وصحح الشيخان المنع؛ لأنه أحد المزيفين، وقد سبقا ونقلا الوجهين في المكث بالمسجد، ورجحا المنع أيضًا، وفيه نظر إذا أكثروا فيه وصفوا على غيرهم من المصلين؛ لأن المساجد العامة لا يختص بها أحد إجماعًا.

قال الْمَاوَرْدِي: وهل الجواز الحارس كذلك في أفنية المنازل وحريمها بغير إذن ملاكها؟ فيه قولان سواء كان المالك مسلمًا أم ذميًّا، فإن لم يجوزه إلا بإذنهم لم يجز أن يأذنوا فيه بأجرة كما لم يجز أن يبيعوه؛ لأنه بيع للملك وليس تملك، وجرى على ذلك الرُّويَانِي كما سبق وهو رأي الشيخ أبي حامد، والأصح أنه مملوك؛ لكن سبق عن أبي عاصم أنه لا يباع فعلى هذا قيل: لا يؤاجر، وفي منع أخذ الأجرة على قولنا بالملك، وإن منعنا البيع دفعةً عندي؛ لأنها منفعة مقصودة مباحة مملوكة، وقد يمتنع البيع لمعنى ولا يمتنع أخذ الأجرة.

ويظهر أنه لو جلس بلا إذن أنه يلزمه أجرة المثل، وربما سبق في الصلح أو الغصب ما يؤيد ذلك، ثم خطر لي بعد هذا الكلام إنما يجيء على قولنا: إن الدار ونحوها لها حريم في الشارع، وأيضًا وكلامهم فيما إذا أحيا دارًا ونحوها في موات، أما في وقتنا في الأمصار ونحوها التي لا يدرى كيف صار الشارع شارعًا فلا يأتي ذلك، ويجب الجزم بجواز العقود في أفنيتها وأنه لا اعتراض لأزويتها إلا أن يسند إلي حدودها، ولم يضر بها، وعليه الإجماع الفعلي، وأما الطرق المسندة فسبق فيها كلام في الصلح.

قال في «البسيط»: لو جلس في مكان من لم يسقط حقه في حال غيبته جالس وبني الأمر على أن ينزعج ويسلم الجليس إليه إذا عاد فالظاهر أنه لا يمنع منه، ويحتمل أن يقال: وهو ممنوع لئلا يظن معاملوه إعراضه.

وقال في أصل «الروضة»: وإذا قلنا بالأول يعني: ما ذكرناه عن الإمام وجزم به في «المنهاج» وأراد غيره الجلوس في مدة غيبته، فإن كان لغير معاملة؛ لم يمنع قطعًا وإلا لم يمنع أيضًا على الأصح، وصرح الرَّافِعِي بنقلهما وجهين ولعلهما احتمالان للإمام، وليس للإمام ولا لغيره أخذ عوض ممن يرفق

وَمَنْ أَلِفَ مِنْ الْمَسْجِدِ مَوْضِعًا يُفْتِي فِيهِ وَيُقْرِئُ كَالْجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ، وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلَاةٍ لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا، ....

بالجلوس في الشوارع ونحوها كبيع ونحوه.

قال المصنف: بلا خلاف وموضعه إذا لم يبن دكةً ونحوها، فإن بنى لزمه الأجرة كما سبق في الصلح، وفي «كتاب الغصب»: إن منفعة الشارع مضمونة بالتقريب؛ لكن ذاك في التعدي والكلام هنا في غيره.

قال: **(وَمَنْ أَلِفَ مِنْ الْمَسْجِدِ مَوْضِعًا يُفْتِي فِيهِ وَيُقْرِئُ)** القرآن أو الحديث والعلم الشرعي وتدريسه.

(كَالْجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ)؛ لأن له غرضًا في ملازمة مكانه لتألفه الناس، قاله العبادي والغزالي تفقهًا لا نقلًا، ورواه الرَّافِعِي الأشبه، وكان الشيخ أبو محمد يأباه، وإليه مثل صاحب «التقريب»، ونقله الْمَاوَرْدِي عن جمهور الفقهاء ولم ينقل الأول لا عن مالك.

وقال في «البحر»: إنه غلط ومقتضى كلام الْمَاوَرْدِي أن الشَّافِعِي وأصحابه من الجمهور، والظاهر أن هذا هو المذهب المنقول.

وقول المصنف في «شرح مسلم» في باب تحريم إقامة الإنسان من موضعه: المباح الذي سبق إليه من سبق إلى موضع مباح من المسجد وغيره يوم الجمعة أو غيره أصلًا أو غيرها فهو أحق به، ويحرم على غيره إقامته منه إلا أن أصحابنا استثنوا منه إذا ألف من المسجد موضعًا يفتي فيه أو يقرئ قرآنًا أو غيره من العلوم الشرعية فهو أحق به إذا حضر لم يكن لغيره أن يقعد فيه، انتهى.

الظاهر أنه أخذه من كلام الرَّافِعِي مسلمًا والمنقول ما قدمناه وهو ما ارتضاه إمام الحرمين، وعلى ما قاله الرَّافِعِي والغزالي فيشبه أن يكون محله في الجوامع العظام، أما المسجد الصغير فلا يجيء ذلك فيه وبقاعه متقاربة؛ ولهذا صورها في الجوامع. قال: **(وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلَاةٍ لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا)** أي: بلا خلاف، وللرافعي فيه بحث ضعيف إذ لزوم نفعه متعين للصلاة غير مطلوب؛ بل ورد فيه نهي، والصف الأول لا ينحصر في منفعة بعينها.

فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ اخْتِصَاصُهُ، فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ.

قال: (**فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ**) أي: كخروجه لرعاف أو تجديد وضوء وقضاء حاجة وإجابة داعٍ.

(**لَمْ يَبْطُلْ اخْتِصَاصُهُ، فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ**) أي: مصلاه ونحوه سواء طرأ عذره بعد الشروع في الصلاة أو قبلها، وإن اتسع الوقت لقوله ﷺ: «إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به»[1] رواه مسلم، زاد الإمام والغزالي وتبعهما الرَّافِعِي فيه فقالوا: «من مجلسه في المسجد».

وقال الإمام: إنه صحيح ووقع كذلك في أصل «الروضة» ولا تعرف هذه الزيادة في هذا الحديث، وغلط ابن الرِّفْعَة فنسب الحديث إلى البخاري، وإنما هو من إفراد مسلم.

والوجه الثاني: أنه يبطل حقه كغيرها من الصلوات.

والثالث: أن من ترك إزاره بقي حقه، وإلا فلا، ولا بأس به.

والرابع: إن خرج بعذر في الصلاة بقي حقه، إن أمكن عوده فيها، أو بعذر قبلها لم يبق، حكاه ابن الرِّفْعَة وهو غريب، والظاهر أن الخلاف فيما إذا لم تقام الصلاة في حال غيبته، أما لو أقيمت واتصلت الصفوف ورأى موضعه فالوجه سد الصف مكانه ولا يصل فيه إذا ضاق الوقت وكان يجد موقفًا غيره، وهل يجري الخلاف في الجالس لانتظار صلاة قبل دخول وقتها إذا دخل قبل دخول الوقت ليعود، أو محله فيما إذا خرج بعد دخول وقتها؟ لم أر فيه تصريحًا، والحديث يقتضي عدم الفرق ولا خلاف أنه مادام قاعدًا لا يجوز إزعاجه.

فرع: إذا اعتكف ولم ينو وقتًا فمتى قام بطل حقه، وإن نوى وقتًا كأيام فخرج لحاجة جائزة، قال في «الروضة»: ففي اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه.

---

(١) أخرجه مسلم (٢١٧٩).

وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَى خَانْقَاهْ لَمْ يُزْعَجْ، ....

قلت: وهذا يظهر إذا ترك إزاره ونحوه، أو كان بجلوسه فيه بخصوصه فائدة دينية، أما بدون ذلك فلا معنى له.

قال: وأما الجالس فيه لاستماع حديثٍ أو وعظٍ؛ فالظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارق بغير عذر، ويختص إن فارق بعذر على المختار.

قلت: وفيه ما أبديته.

قال: ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بقرب كبير المجلس وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال يعني: إذا قلنا: يختص به الشيخ المعلم والمقرئ ونحوهما، وقد بينا أن المذهب خلافه.

قال: وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس الدرس في المدرسة أو المسجد فالظاهر دوام الاختصاص لاطراد العرف به، وفيه احتمال ويتجه إلى أن محل الاختصاص إذا كان أهلًا للجلوس فيه، أما لو كان لا يفيد ولا يستفيد فلا معنى له، وقد سبق اثنان إلى مكان واحد وتنازعاه.

قال ابن الرِّفْعَة: الذي يظهر تعين القرعة لحديث: «**الِاسْتِهَامِ فِي الصَّفِّ الْأَوَّلِ**»[1] انتهى.

إن يقال بقدم المدرس من يراه أولى بالمجلس لفضله وعلمه وإفادته واستفادته ولا سيما إذا كان مزاحمة من غير مرجو الصلاح.

قال: (**وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ**) أي: وهو ممن يسكنه مثله.

(**مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَى خَانْقَاهْ لَمْ يُزْعَجْ**) أي: سواء أذن له الإمام أم لا.

(١) أخرجه البخاري (٦٧٩)، ومسلم (٦٦٣).

وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ.

(وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ) أي: من صلاة وحمام وغيرهما سواء خلَّف أحدًا فيه أو متاعه لعموم الحديث المتقدم. واعلم أن المواضع الثلاثة قد يوقف فيتبع شرطها، وقد بني في موات لهذا الغرض، وينبغي أن يكون كما قاله الْمَاوَرْدِي فمن قصد بناء بعد موات جعلها مسجدًا فإنها تصير باستكمال بنائه على هذا القصد مسجدًا.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر في الرباط أنه كذلك والسابق إلى شيء من ذلك أحق به، وقيده ابن الرِّفْعَة بما إذا لم يكن له ناظر، فإن كان لم يجز النزول فيه إلا بإذنه إن أمكن العرف، وكذا لو كان للمدرسة مدرس دون ما إذا قصد ذلك، والذي قاله الْمُتَوَلِّي أنه سواء سكن بإذن الإمام أو بغير إذنه إلا أن يكون شرط الواقف ألا يسكن أحد إلا بإذن الإمام، ومن له النظر، فمن سكن بغير إذنه لا يمكث في المقام، وليس في كلام الْمُتَوَلِّي هذا التصريح باشتراط إذن الناظر ولا بعدمه وينبغي ألا يشترط حيث لا شرط للواقف، كما هو ظاهر كلام «الكتاب» وغيره، وقد ذكر السكنى بإذن الناظر في المدرسة ابن الصلاح والمصنف في فتاويهما.

فروع وتتمات:

منها: أطلق عدم الإزعاج وهو في غير ما سئل في الربط والحانات المسافرين فإن كان لم يجز أن يقيم فيه أكثر من ثلاثة أيام مدة المسافرين، ولو ازدحم اثنان ولا سبق فعلى ما مر في مقاعد الأسواق. وقال في أصل «الروضة»: وأما الربط الموقوفة فإن عيَّن الواقف مدة المقام فلا مزيد على مدة مقامهم أي: من غير ضرورة ووجود مزاحم طارق.

قال: وإن أطلق نظر إلى الغرض الذي بقيت له وعمل بالمعتاد، فلا يمكن من الإقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها، أو لخوف تعرض، أو أمطار متواترة، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم يمكن من الإقامة إلى تمام غرضه، فإن ترك التعليم والتحصيل أزعج.

قال: في الخانقاه لا يمكن هذا الضبط ففي الإزعاج إذا طال مقامه ما سبق في الشارع.

....

قلت: وكأنه أخذه من قول «الوسيط»: لو طال مقام أحد إن كان بغرض كما في المدارس لم يزعج إلى تمام الغرض، وإن لم يمكن للغرض مريد كرباط الصوفية ففي إزعاجه وجهان.

وقال في «البسيط»: يفوض الأمر في الخوانق إلى الوالي، وذلك يختلف بالبقاع والأشخاص والأموال فإذا رأى المصلحة فله ذلك، قال: والمبنى لتعلم القرآن كالمدرسة، انتهى.

وهذا حسن ويشبه أن يقال في المتصوف أيضًا أنه إذا ترك التعبد والسلوك أن يزعج كالمنفعة.

ومنها: ذكرنا أنه يتبع شرط الواقف في المدة وغيرها، وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في «أماليه»: لو شرط واقف المدرسة ألا يستغل العبد بها أكثر من عشرين سنة ولم يكن في البلد معين غيره جاز، استمر واحد لمعلوم؛ لأن العرف يشهد أن الواقف لم يرد يبقون بمدرسته دائمًا، وأراد أن ينتفع هذا مدة، وغيره مدة. قال: وكذا الحكم في كل شرط يشهد العرف بتخصيصه.

ومنها: إذا غابت المنفعة ونحوها بقدر مدةٍ قريبةٍ لم ينقطع حقه إذا عاد فإن أراد غيره في غيبته النزول في مكانه لم يفارقه إذا غاب الأول، فينبغي أن يجوز قطعًا كما قاله الشيخ ولا يخرج على الوجهين في نظره في مقاعد الأسواق، وإن طالت غيبته بطل حقه، قاله الفوراني وغيره، والرجوع في الطول إلى العرف، ولم يفرقوا بين من ترك كتبه ومتاعه بالمدرسة ونحوها وبين غيره، وهذا محتمل، وأطلق الْغَزَالِي أنه إذا غاب لعذر وعاد يكون أولى، وحمله ابن الرِّفْعَة على المدة القريبة.

قال: والذي يظهر أن المحكم في ذلك عرف المكان والزمان ومن الوقف إذ أن المعتبر عرف زمن الغيبة.

قال: فيه نظر والأشبه الأول؛ ولهذا قال بعض علماء وقتنا- رحمهم الله-: لا يستحق الجَامَكِيَّة عند بطالة الأشهر الثلاثة من غير عدد إلا في المدارس التي

....

وقفت في زمن عهد فيه بطالة تلك الأشهر، أو يكون الواقف، صرح بذلك، فأما المدارس القديمة الموقوفة في زمن لم يعهد ذلك فيها فلا يجوز أخذها فيها.

ومنها: قال في «الروضة»: يجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والعوام دخولها والجلوس فيها والشرب من مائها والاتكاء والنوم فيها ونحو ذلك فيما جرى به العرف، وأما سكنى بيوتها، فإن كان فيه نص من الواقف وإلا الظاهر منع غير الفقهاء أي: الذين وقفت على مذهبهم.

ومنها: قال: وفيه احتمال في بلد جرت العادة به.

قلت: هذا الاحتمال ضعيف؛ بل عدَّ مع كونها وقفت على طائفة بعينها إذا وجدت وأرادت سكناها، وقال ابن الرِّفْعَة: إن ما ذكره يختلف باختلاف المدارس وقلة البيوت ببقاء بابها والمياه الموقوفة على شرب الفقهاء لا يظهر ويمكَّن غيرهم منها، ولهذا بعض علمائنا نقل عمن أدركه من الفقهاء المتورعين أنه لا يليق منه دواته من ذلك الماء، وشاهده قول العبادي: أن من رأى في الطريق دن ماء فله الشرب منه دون التوخي، انتهى.

وهذا لا يخالف كلام المصنف فإنه أراد به المياه الجارية الكثيرة بمدارس «دمشق» ونحوها التي لم يقصد الواقف بها الشرب خاصة؛ بل الانتفاع بها في أنواع الاستعمال المعتاد ولا شك في إباحة الشرب للغير مما هذا شأنه ولا زرع فيه، وأما محل الشرب خاصةً من ماء النيل أو غيره فهو خاص بأهل المكان لا محالة، وأما دخول السقاية والنوم ونحوه فموضع جوازه إذا لم يضر بأهل المدرسة، ولم يؤد إلى مزاحمتهم في المرافق والتشويش عليهم كما هو مشاهد في المدارس العظام لا في كل مدرسة.

قال ابن الرِّفْعَة: أما سكنى غير الفقهاء بالمدرسة فيظهر أن يقال: إن أمكن شغل البيوت بالفقهاء لم يجز شغل شيء منها بغيرهم، وإن أمكن لتعذر من مريد الاشتغال أو الإقامة بها من الفقهاء، فإن كان الواقف عين الانتفاع بها في مثل هذه الحالة أشخاصًا بصفة أتبع وإلا فقد ذكرنا أن ذلك قبل التحرير فلا يخرج

فَصْلٌ

الْمَعْدِنُ الظَّاهِرُ، وَهُوَ مَا خَرَجَ بِلَا عِلَاجٍ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومْيَاءَ وَبِرَامٍ

على منقطع الانتهاء أو الوسط، وإذا كان كذلك أو خرج عليه وصححنا الوقف فتعطيل المنفعة لا وجه له، ولا يمكن الإيجار؛ لأنه خلاف ما وقف له فلم يبق إلا رد الانتفاع بها لأقرب الناس إلى الواقف، فإن فقدوا دارًا رغبوا عنه، أو قلنا المنقطع يصرف في أهم المصالح، فيسكنها الإمام من يراه أولى بسكناها من غيرهم، انتهى.

وبهذا أفتيت قديمًا في مدارس البلد المعروفة الموقوفة على الشافعية وليس فيها الآن من يسكنها منهم، وسيأتي اعتبار الحاجة في الصرف عند الانقطاع إلى أقارب الواقف على نزاع فيه، فإن فقدوا أغنياء صرف على الفقراء والمساكين فينبغي أن يعيد الإسكان هنا بذلك إذا وجد.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة إثر ما قدمناه عن «الوسيط»: ففي الفرع ما ذكره في الحالة الأولى جلي، ومنه يؤخذ الحكم في فرع تعم به البلوي وهو المدرسة إذا نزل فيها أشخاص للاشتغال وحضور الدرس بها وقرر لهم في الجامكية ما يستوعب قدر ارتفاع وفقها لا يجوز أن ينزل زيادة عليهم بما ينقص ما قدر لهم من المعلوم إذا لم ينقص صفهم لولا حضور غيرهم التنقيص منه؛ لأن فيه إدخال ضرر عليهم، وهذا إذا كان الواقف لم يعين عددًا، فإن عينه لم ينقص منه ولا يزداد عليه وأيده بأن الْمَاوَرْدِي قال في «الوصايا»: إذا قال: من قام يوصيني فله مائة درهم أي: من قام بها وهو من أهل لها فله المائة، وإن قام بها جماعة كانت المائة بينهم، فإذا قام بها واحد وكان كافيًا منع غيره بعد العمل أن يشاركه فيه، انتهى.

وللبعض تلامذته كلام طويل في ذلك أوردته في «الغنية».

قال:

فصل

(الْمَعْدِنُ الظَّاهِرُ، وَهُوَ مَا خَرَجَ بِلَا عِلَاجٍ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومْيَاءَ وَبِرَامٍ

وَأَحْجَارِ رَحًى لَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلَا إِقْطَاعٍ، فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ ....

وَأَحْجَارِ رَحًى) أي: ونحوها، والمعادن الظاهر ما يبدو جوهرها بلا عمل، وإنما العمل والسعي في تحصيله، وقد يشهد وقد لا، ومن أمثلتها القطران والملح المائي والجبلي إذا كان ظاهرًا لا يحتاج فيه إلى حفر وتحته تراب، ومنها أحجار النورة وطين الأكل، وكل ما يتوصل إليه بلا تعب ولا مؤنة، وعد الْمُتَوَلِّي من أحجار الرحى من المعادن الباطنة، واستبعد، ومن الظاهرة الكحل والجص خلافًا للبغوي.

قال: **(لَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ)** وعلى الإمام منها ما يظهره السيل من الجواهر، وظاهر إطلاق الشيخين أنه لا فرق بين أن يعلم بها أو لا.

(وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلَا إِقْطَاعٍ) أي: بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية، والكلأ، والحطب، وسواء فيه مسلمهم وكافرهم؛ «لأنه ﷺ أقطع رجلًا ملح مأرب فقال رجل: يا رسول الله، أنه كالماء العد، قال: فلا إذن»[1] رواه أصحاب السنن الأربعة وصححه ابن حبان، والإجماع منعقد على منع إقطاع مشاريع الماء فكذلك المعادن الظاهرة بجامع الحاجة العامة، وأخذها بغير عمل.

إشارة: النفط بكسر النون وفتحها والفاء ساكنة فيهما: دهن معروف، والكبريت قال الأزهري: وهو عين تجري، فإذا جمد ماؤها صار كبريتًا أبيض وأحمر وأصفر وأكدر.

والقار: هو الزفت، والمومياء بمدود وقيل يقصر: وهو من آجر الأرض، وأما ما يوجد من عظام الموتى فنجس، قاله في الأوكسيد والبرام بكسر الباء: حجارة يعمل معها القدور.

قال: **(فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ)** أي: الموضع المستخرج منه عن أحدهما دفعةً.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٥٩)، والترمذي (١٣٨٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٣٢)، وابن ماجه (٢٤٧٥) وابن حبان (٤٤٩٩).

قُدِّمَ السَّابِقُ إِلَيْهِ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً فَالْأَصَحُّ إِزْعَاجُهُ، فَلَوْ جَاءَا مَعًا أُقْرِعَ فِي الْأَصَحِّ.

(قُدِّمَ السَّابِقُ إِلَيْهِ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ)؛ لسبقه، هكذا أطلقه أكثرهم ولم ينسبوا إليه حاجة يوم أو سنة، وقال الإمام: الرجوع فيه إلى العرف فيأخذ ما تقتضيه الحاجة لأمثاله.

ونبه ابن الرِّفْعَة على أنه مادام في ذلك المجلس فإذا قام وانصرف كان غيره ممن سبق أحق به ما لم يقم أيضًا، وشبه الإمام التقديم هنا بالتقديم في مجلس القاضي المفتي والعالم.

(فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً) أي: على حاجته.

(فَالْأَصَحُّ إِزْعَاجُهُ) أو إقامته كالتحويط المانع من الأخذ ويفرق بينه وبين القاعد بكثرة الحاجة إلى المعادن.

والثاني: أن يزعج ويأخذ بحق السبق ما شاء لحديث: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ»[(١)] وعبارة: لو سبق واحد كان أحق به ولو أقام عليه فإن كان يمنع غيره فقد تعدى فإن لم يمنع فوجهان: أحدهما: يقر عليه ما لم يكن فيه ضرر على غيره، وأصحهما: يمنع إذا أخذ قدر حاجته لئلا يطول عليه ويدوم تصرفه فينتقل إلى أحكام الإمساك، انتهى.

قال: **(فَلَوْ جَاءَا مَعًا)** أي: ولم يبعهما.

(أُقْرِعَ فِي الْأَصَحِّ) للاستواء، والثاني: يقدم الإمام باجتهاده كمال بيت المال، والثالث: تنصيب من يقسم الحاصل بينهما جدارًا من تأخر الحق.

إشارة: قالا: الأشهر إطلاق الوجوه، وقال العراقيون: هي في الأخذ للحاجة، أما للتجارة فيها ما بينهما فإن تشاجرا في الابتداء أقرع.

قال الرَّافِعِي: ويشبه على قياس ما ذكروه يقال: إذا كان أحدهما تاجرًا والآخر محتاجًا تقدم المحتاج، انتهى ولم يذكروا في الجانبين معًا يقدم المسلم

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالْمَعْدِنُ الْبَاطِنُ وَهُوَ مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ لَا يُمْلَكُ بِالْحَفْرِ وَالْعَمَلِ فِي الْأَظْهَرِ.

على الكافر، وهو محتمل.

وفي «الكافي» أنه لو أخذ الأول حاجته وأراد أن يأخذ للبيع والتجارة يمنع على أصح الوجهين.

قال: **(وَالْمَعْدِنُ الْبَاطِنُ وَهُوَ مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ)** أي: ورصاص وفيروزج وياقوت وسائر الجواهر المثبوتة في طبقات الأرض.

(لَا يُمْلَكُ بِالْحَفْرِ) أي: في موات بقصد التملك.

(وَالْعَمَلِ فِي الْأَظْهَرِ) في المعادن الظاهرة، والثاني: أنه يملك إذا قصد التملك؛ لأنه لا يتوصل إلى منفعته إلا بعلاج ومؤنة، فأشبه إحياء الموات، وفرق الأول بأن الموات يُمْلَكُ بِالْعِمَارَةِ وَحَفْرُ الْمَعْدِنِ تَخْرِيبٌ، ولأن الموات إذا ملك لا يحتاج في تحصيل مقصوده إلى مثل العمل الأول بخلاف المعدن.

تنبيه: إذا لم يقصد التملك بل قصد الأخذ والانصراف لم يملكه قولًا واحدًا.

فرع: إذا قلنا بالأظهر فالسابق إلى موضع منه أحق، فإن طال مقامه ففي إزعاجه ما مر في المعدن الظاهر، وقيل: لا يزعج هنا قطعًا، ولو ازدحم اثنان فعلى ما سبق من الأوجه هناك، قال في «البحر»: ومن أصحابنا من قال: لا يجيء قول القسمة هنا؛ لأنه يحتاج إلى مؤنة، ولأنه يطول فيسبق بخلاف ما سبق.

قال: وعلى هذا لو أقام عليه من سبق أكثر من حاجته هل يمنع؟ قولان على ما ذكرنا، انتهى.

وعلى ما عليه يقرع، ويجوز إقطاعها على أظهر القولين، ولا يقطع إلا قدر، الثاني: للمقطع العمل عليه، والأخذ منه، والحاصل كما قال في «البحر» ثلاثة أقوال: أحدها: يملك بالإحياء، ويجوز إقطاعها وبحجزها كالموات، والثاني:

وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ مَلَكَهُ.

وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنْ الْأَوْدِيَةِ وَالْعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا.

عكسه كالمعادن الظاهرة، والثالث: لا يملك بالإحياء، ويجوز إقطاعها كالمرافق، وعلى الأقوال يجوز العمل في المعدن الباطن والأخذ منه بغير إذن الإمام لأنه كالمعدن الظاهر أو كالموات.

قال: **(وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ مَلَكَهُ)** أي: بلا خلاف لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها، وهذا إذا لم يعلم أن بها معدنًا، فإن علم واتخذ عليه دارًا مثلًا فطريقان، قيل: على القولين في تملكه بالإحياء، وقيل: تملكه هنا قطعًا كما لو يعلم، وأما المنفعة المحياة فقال الإمام: ظاهر المذهب أنها لا تملك؛ لأن المعدن لا يتخذ دارًا ولا مزرعة فالقصد فاسد، وقيل: يملكه.

تنبيه: كلامهم يفهم أو يوهم أنه لو ظهر فيه معدن ظاهر لا يملكه، وبه صرح شراح «الحاوي» كما أفهمه كلام الوجيز، والصواب حذف لفظة باطن لإجماع الأصحاب على من أحيا أرضًا مواتًا ملكها بجميع أجزائها، وما يظهر فيها من المعادن، وصرح كثيرون بملكه بالنوعين بذلك.

قال الإمام: وإذا أحيا أرضًا مواتًا وحكمنا له بالملك فيظهر فيها معدن من المعادن الكامنة فهو باتفاق الأئمة ملك المحيي، وإن ظهر في الموات المملوك بالإحياء معدن ظاهر كالكبريت ونحوه ملك المحيي إجماعًا، فلا يزاحم فيه، وبهذا صرح الْمَاوَرْدِي والدارمي وابن الصباغ والمتولي وغيرهم، ولم يذكر في «الوسيط» ولا «البسيط» لفظة الباطن، وقد تكلفت في «الغنية» عذرًا عن قول «المنهاج»: باطن والصواب حذفها.

فصل

قال: **(وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنْ الْأَوْدِيَةِ وَالْعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا)** أي: فلا يجوز لأحد بحجزها ولا للإمام إقطاعها إجماعًا كما نقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، ولا بيعها من طريق الأولى، قال الْمُتَوَلِّي: وإن

فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ سُقِيَ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى وَحَبَسَ كُلٌّ وَاحِدٍ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ، ....

حضر اثنان فصاعد إلى هذا الماء أخذ كل ما شاء، فإن قل الماء أو ضاق المشرع قدم السابق فإن جاء معًا أقرع، وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب فالشارب أولى، انتهى.

وفي «البحر»: أنه لو ضاق الماء بهم فإن كانوا لو تراسلوا لم يلزمهم المواساة فإن ضاق فالأسبق أحق بقدر كفايته فيه منه، وإن جاؤوا معًا أقرع بينهم، وهو أحق بما يمسك ومعه حتى يرتوي الآدميون، وليس القارع أن يقدم بهائمه على أبويه الآدميين، فإن ارتوى الآدميون استؤنفت القرعة بين البهائم، ولا يحملوا على القرعة المتقدمة؛ لأنهما جنسان وهل تستأنف القرعة على أعيان البهائم أو على أعيان أربابها؟ وجهان: أحدهما: على أرباب أعيانها تغليبًا بحرمة المالك، فعلى هذا من قرع بسقي جميع بهائمه، وأصحهما على أعيان البهائم تغليبًا لحرمتها، ولا فرق بين أن يؤكل وبين ألا يؤكل؛ لأن حرمة النفس أعظم من حرمة الملك، انتهى، وهو من «الحاوي».

قال: **(فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ سُقِيَ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى وَحَبَسَ كُلٌّ وَاحِدٍ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ)** الشرح والأصل في المسألة أحاديث كثيرة:

منها: حديث عائشة- رضي الله عنها -«أنه ﷺ قضى في سيل مهزور، ومذنب- مكانان بالمدينة»[١]. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، و«مهزور» بتقديم الزَّاي: واد بالمدنية، و«مذنب» اسم موضع بها.

ومنها: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أنه ﷺ قضى في السيل أن يمسك حتى تبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل» رواه أبو داود، وغيره بإسناد حسن[٢].

---

(١) حديث عائشة: أخرجه الحاكم (٢/ ٧١، رقم ٢٣٦٢)، وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(٢) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٠، رقم ٢٤٨٢)، وأبو داود (٣/ ٣١٦، رقم ٣٦٣٩).

....

وأيده بحديث قصة الزبير الثابت في الصحيحين؛ لأن الماء إن بلغ إلى الكعبين بلغ أصل الجدر، قاله في «البحر».

تنبيهات: منها احترز المصنف بقوله: **(فَضَاقَ)** عما إذا لم يضق، فإن كان كثيرًا سقي بالكل، فالنيل والفرات ونحوهما من الأنهار العظام، فإن لكل أحد أن يسقي من أصل النهر ما شاء متى شاء هكذا أطلق، وهو فيما إذا كان لكل أحد ساقية يرسلها منه إلى أرضه متى شاء، أما لو كان مخرج الماء منه واحدًا لا يُمْكِنُ السَّقْيُ مِنْهُ إِلَّا مُرَتَّبًا فَلَا، بَلْ الْحُكْمُ كما سنذكره من تقديم الأول الْمُحْيِي فَالْأَوَّلِ؛ وَإِلَّا فَيَصِيرُ مُسْتَحِقُّ التَّقْدِيمِ تَتَأَخَّرُ نَوْبَتُهُ فاعلم.

ومنها: اعتبار الكعبين هو المشهور لظواهر الأحاديث[1]. قال الرَّافِعِي وأراه أمران أقربهما الرجوع في قدر السقي إلى العادة والحاجة.

قلت: وقد ذكر الْمَاوَرْدِي أنه ليس التقدير بالبلوغ إلى الكعبين على عموم الأزمان والبلدان؛ لأنه مقدر بالحاجة، وهي تختلف باختلاف الأرض، وباختلاف ما فيها من زرع وشجر، وبوقت الزراعة، ووقت السقي، وهذا قوي جدًّا، وممن جزم به المتولي ولولا هيبة الأحاديث لقلت: إنه الصحيح، وأولتها، ولعل ذلك كان عادة الحجاز.

قال الرَّافِعِي: وأغربهما عن الدارمي وجه أن الأعلى لا يقدم على الأسفل؛ ولكن يسقون بالحصص، انتهى.

وكأن المراد بالحصص أنه يوزع عليهم، وهذا يظهر فيما إذا وقع الإحياء منهم دفعة واحدة، وإلا فهو غلط.

ومنها: يقال: هذا المراد بقولهم: حتى يبلغ الكعبين أن يبلغ الجانب الأسفل منهما والأعلى كما قالوا: في آية الوضوء، والظاهر الأول وحينئذ فالمرجع إلى القدم المعتدل وإلى الغالب؛ لأن من الناس من يرتفع كعبه، ومنهم من ينخفض وتدنوا من أسفل الرجل، والأقرب الأول.

---

(١) انظر: أسنى المطالب لشيخ الإسلام (١٢/ ٤٠٥).

....

ومنها: إطلاق من أطلق أنه يسقي الأعلى؛ فالأعلى على ما إذا أحيوا كذلك أو دفعة واحدة أو جهل الحال، فإن لم يعرف السابق؛ لأن الظاهر هو السابق بالإحياء، كما هو الغالب؛ لأنه يُقصد لسهولة الشرب ولو مرة وحقه المؤنة، وقرب عروق الغرس من الماء، وأما عند الإحياء دفعة، فكذا قالوه، قالوا: لأن الأقرب إلى أول النهر كالسابق، ولو قيل: يقرع بينهم ولم أره لأحدٍ، أما إذا عرف السابق بالإحياء، ثم جاء غيره وأحيا مواتًا أعلى منه وأقرب إلى فرهة النهر من أرض السابق بالإحياء، فالسابق أحق ولا يستحق فهم المتأخر بالإحياء إلا ما فضل عنهم هذا مقتضى كلام الأئمة، وصرَّح به مصرحون، ولا أحسب فيه نزاعًا بين العلماء.

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: وإذا أحيا على الأرض نهرًا مواتًا هي أقرب إلى فرهة النهر من أراضهم، فإنهم أحق بمائه، فإذا فضل عنهم شيء سقى المحيي منه؛ لأنه من مرافق ملكهم، فكانوا حق به مع حاجتهم إليه.

قال في «المهذب»[1]: وإذا أحيا جماعة أرضًا على النهر وسقوا منه ثم جاء آخر فأحيا أرضًا في أعلاه إذا سقى أرضه استضرّ أهل النهر منع من ذلك؛ لأن النهر من مرافق ملكهم فلا يجوز مضايقتهم فيه.

وقال الجرجاني في «الشافي»: وإن أراد من ليس من أهل الشرب أن يحيي مواتًا فإن لم يضيق عليهم شربتهم لم نمنع وإلا امتنع وضر بنحوه خلائق.

قال الرُّويَانِي: لأنهم لما أحيوا الأرض ملكوها كان أحق بها وبحقوقها ومرافقها، ولأن الماء مباح، وقد سبقوا إليه فكانوا أحق به بالسبق، وقول الشافي في «البحر» منع يحتمل أن يريدا منه الإحياء جملة عند الضيق لئلا يستدل به عند تقادم الزمان على استحقاقه قبلهم أو معهم فيضر بهم، وللمنع نظائر فيها خلاف، ولعل المنع من الإحياء أقرب إلى ظاهر كلام «الروضة» فإنه قال: ولو أراد رجل إحياء موات، وسيقه من هذا النهر، فإن ضيق على السابقين منهم منع؛

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي (٢/ ٣٠٠).

فَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ ارْتِفَاعٌ وَانْخِفَاضٌ أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ ....

لأنهم استحقوا أرضهم بمرافقها، والماء أعظم مرافقها، انتهى.

وقد قال في كلامه على البئر المملوك القرار دون الماء كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شربًا من موضع آخر حكمنا عند التنازع بأن لها شربًا منه، انتهى[1].

وذكر الشيخ الموفق الحنبلي في «المغني» أنه لو جاء إنسانٌ ليحيي مواتًا أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبلهم، ووجه بما سبق عن «البحر».

قال: وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن حقهم في النهر لا في الموات، والثاني: لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم من السقي لتقدمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان، وجهل الحال فعل الأول، ولو سبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر مباح أولًا ثم أي: - الباقي- ثانيًا ثم الثالث، وبعدم السبق إلى الإحياء على السبق أول النهر لما ذكرنا، انتهى.

وما قاله: حق، وهو قضية ما قدمناه، وإنما أطلقت في ذلك مع وضوحه لأني رأيت من يغلط ويحمل على ظاهر قولهم: الأعلى فالأعلى، وإنما خرج ذلك على الغالب، وبعضهم يقول: الأول فالأول، وهو محمول على الأول إحياءً، فالأول. قال: (**فَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ**) أي: الواحد.

(**ارْتِفَاعٌ وَانْخِفَاضٌ أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ**) إذ لو سقى دفعه لمراد الماء في المنخفض على القدر المستحق.

قال في «الروضة»: وطريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين ثم يسده ويسقي المرتفع.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا إذا لم يكن سقي العَالية أولًا حتى يبلغ الكعب ثم سدَّ عليها ويرسله إلى السافلة، فإن أمكن ذلك تعين فعله.

وحكى الرُّويَانِي عن أبي جعفر الترمذي أنه لا يجوز أن نحبس الماء فيها إلا

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ١٢٧٩).

....

بقدر الذي لو كانت مسبوقة لبلغ الكعبين، ولم يذكر غيره، هكذا ذكر بعض الشارحين للكتاب، وهذا عجب، فإن ما قاله: أبو جعفر هو ما قاله في «الكتاب» وغيره، وعبارة «البحر»: ولو كانت الأرض بعضها منخفضة وبعضها عالية ولا يبلغ الماء في الأرض العالية إلى الكعبين إلا ويبلغ في الأرض المنخفضة إلى الركبتين.

قال أبو جعفر الترمذي من أصحابنا: لا يجوز له أن يحبس الماء فيها إلا القدر الذي لو كانت مستوية الأطراف لبلغ الماء إلى الكعبين؛ لأنه إنما استحق حبس مائه في جميع أرضه إلى الكعبين فقط، ولا يجوز أن يزيد على ذلك بحال، انتهى.

وبيَّن الأئمة طريقة الاستقاء كما سبق فاعلم.

فرع: قال الرَّافِعِي: لو صادفنا نهرًا تسقى منه أرضون، ولم ندر أنه حفر أم انخرق، حكمنا بأنه مملوك؛ لأنهم أصحاب يد وانتفاع، فلا يقدم بعضهم على بعض، قيل: فيه نظر؛ لأن الأصل عدم الحفر، وكثير من الأنهار غير مملوك، والمحقق من اليد فيه الانتفاع والسقي منه، ولا يكفي ذلك لدلالة اليد على الملك، واليد الدَّالة على الملك، وإلا فينبغي ألا يحكم بكونه مملوكًا لهم، نعم! ذلك ظاهرٌ في قناة أو ساقية يظهر اختصاصها واستيلائهم عليها بحيث لا يمنعوا أن يحموها ويسدوها، والمتولي ذكر الفرع، وقال: إن حكمه حكم المملوك، ولعل مراده في الانتفاع وعدم تقديم بعضهم على بعض، وهذا محتمل.

وفي «الحاوي» نقل وجهين في المسألة ولفظه: وإذا كان النهر غير معروف الأصل هل هو مباح أو مملوك؟ فقد اختلف أصحابنا هل يجري عليه حكم الإباحة أو حكم الملك؟ على وجهين: أحدهما: أنه في حكم المباح، وهذا قول: من جعل أصل الأشياء على المباحة، والثاني: أنه مملوك، وهو قول من جعل أصل الأشياء على الحظر، انتهى.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ صُورَةَ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَكُونَ مَنْبَعُهُ مِنْ أَرَاضِيهِمْ الْمَمْلُوكَةِ لَهُمْ، أَمَّا إذَا كَانَ مَنْبَعُهُ بِمَوَاتٍ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ نَهْرٍ عَامٍّ كَدِجْلَةَ وَنَحْوِهَا فَلَا، بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى الْإِبَاحَةِ، والله أعلم.

وَمَا أُخِذَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ فِي إِنَاءٍ مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ.

فرع: ما سبق في غير الأنهار والسواقي المملوكة، وعنه احترز بقوله: أولًا المباحة، أما المملوكة بأن حفر نهرًا يدخل فيه الماء من الوادي العظيم، ومن النهر المنحرف منه، فالماء باقٍ على إباحته لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه، وليس لأحد مزاحمته سقي الأرضين، وأما الشرب والاستعمال وسقي الدواب، فقال العبادي والمتولي: ليس لهم المنع، ومنهم من أطلق أنه لا يدلي أحد فيه دلوًا، وقال القاضي الحسين: إن لم يضر به جاز الانتفاع، وإلا فلا، والظاهر أن هذا مراد العبادي والمتولي، ومثله قال الرُّويَانِي: فإن أراد رجل أن يأخذ من هذا الماء لشربه أو لماشية لم يمنع إذا كان فاضلًا عنهم لما ذكرناه أي: من أنهم لم يملكوا. قال: (**وَمَا أُخِذَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ**) يعني: المباح.

(**فِي إِنَاءٍ مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ**) كالاحتشاش والاحتطاب والصيد، وحكم سوقه له إلى بركةٍ أو حوضٍ أو حفرةٍ في أرضه أو صهريج ونحوه، حكم أخذه في إناء.

والثاني: لا يملك المال بحال بل يكون محرزًا أولى به من غيره، والمذهب الأول، وقال الإمام: ويملك ما يدخل في نهره وقناته على المذهب، وهذا عكس ما سبق الجزم به إلا أن يريد به ما أعده لذلك لجمع مياه السيول إلا ما جرى من الأنهار العامة كما سبق، وسيأتي في «البحر» في ذلك كلام.

تنبيه: احترز بقوله: (**في إناء**) عن الداخل سيل في ملكه، فإنه لا يملكه بدخوله بنفسه على الأصح، وخصَّ المتولي الوجهين بها المطر في أرضه واجتماعه، وجزم بأنه لا يملك ماء السيل بدخوله في أرضه، وهذا إن صح كان وجهًا ثالثًا(١).

وقال ابن الصلاح: الدُّولَابُ الَّذِي يُدِيرُهُ الْمَاءُ إِذَا دَخَلَ الْمَاءُ فِي كِيزَانِهِ

---

(١) قَوْلُهُ: (فِي إِنَاءٍ) وَمِنْهُ كِيزَانُ نَحْوِ الدَّوَالِي وَمِثْلُهُ نَحْوُ الْأَحْوَاضِ وَالْمَصَائِدِ وَلَا يَحْرُمُ رَدُّهُ إِلَى الْمَاءِ وَلَا يَصِيرُ شَرِيكًا بِهِ عِنْدَ جَمِيعِ الْأَصْحَابِ، وَخَرَجَ بِمَا ذُكِرَ مَا لَوْ أُدْخِلَ الْمَاءُ مِلْكَهُ مِنْ نَحْوَ سَيْلٍ، أَوْ نَهْرٍ فَلَا يَمْلِكُهُ لكِنْ هُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَلِغَيْرِهِ السَّقْيُ مِنْهُ وَالْأَخْذُ مِنْهُ بِنَحْوِ دَلْوٍ، وَاسْتِعْمَالُهُ نَعَمْ إِنْ سُدَّ عَلَيْهِ مَلَكَهُ، إِنْ قَصَدَ تَمَلُّكَهُ وَإِنْ كَثُرَ، انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة على المنهاج (٩/ ٤٦٢).

وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلِارْتِفَاقِ أَوْلَى بِمَائِهَا حَتَّى يَرْتَحِلَ.

مَلَكَهُ صَاحِبُ الدُّولَابِ بِذَلِكَ كَمَا لَوْ اسْتَقَاهُ بِنَفْسِهِ، انتهى، وكذا لو أدارته دابة بطريق الأولى. قال: **(وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلِارْتِفَاقِ)** أي: مدة مقامه هناك.

(أَوْلَى بِمَائِهَا) أي: أولى بماء يحتاج إليه منه بسقيه، وماشيته وزرعه، وفيه ما سنذكره فيكون أولى.

(حَتَّى يَرْتَحِلَ) وليس له منع الفاضل عن صاحبه ليشرب أو ماشية لا زرع، ولا يجيء هاهنا الخلاف في بذل فضل ماء البئر المملوكة بل يلزمه بذل الفضل بلا خلاف؛ لأنها غير مملوكة، وأبدى الإمام احتمالًا في وجوب بذل الفاضل للزرع أيضًا، وبه أجاب المتولي، والظاهر أنه أخذه من كلام الإمام، وأقامه الرفاعي وجهًا، والمشهور خلافه، نعم! لو يجوب ماشية للغير، فاستخلف الحافر بزرعه.

قال الإمام: فالذي يظهر أنه لا يجوز صرف المال إلى المزرعة، ولو جوزنا لاستمكن حافر البئر من طرد الماشية بالزيادة في الزرع، انتهى.

قال في «زيادات الروضة»: المراد الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره، أما الواجب بذله لعطش آدمي محترم فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية، والله أعلم. ويظهر ألا يشترط البذل للحيوان المحترم مطلقًا أن يفضل عن الزرع لحرمة الروح، وإذا ارتحل هذا المرتفق صارت البئر كالمحفورة للمارة، فإن عاد فهو كغيره، هكذا أطلقاه، وهو ظاهر فيما إذا ارتحل معرضًا، أما لو كان لحاجة عازمًا على العود فلا إلا أن تطول غيبته، وإعراضه عنها كارتحاله كما اقتضاه كلام الرُّويَانِي.

فرع: لو حفرها للمارة فهي لهم، وهو كأحدهم، ويجوز الشرب منها وسقى الزرع فإن ضاق فالشرب أولى، وفي النفس شيء من سقى الزرع إذا قصد بحفرها الشرب خاصة، ولو حفر ولم يقصد شيئًا فكالأولى، وقيل: كالمحفورة للارتفاق فتكون أحق بالقدر المحتاج إليه منها، ولو قصد بالحفر أن يختص بالماء بقدر حاجته. قال الإمام: احتمل أن يلحق بما إذا قصد الاختصاص، واحتمل أن يلحق الفضل بالماء.

وَالْمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ يَمْلِكُ مَاءَهَا فِي الْأَصَحِّ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لَا، لَا يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ، ....

قال: (**وَالْمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ يَمْلِكُ مَاءَهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في القديم وحرملة؛ لأنه بما يملكه كالثمر واللبن، وقال في «البحر»: كالشجر النابت في ملكه، ولأنه ليس بأكثر من المعدن وهو يملكه فالماء أولى؛ ولأن الشَّافِعِي جعل الركاز له، فالماء أولى، والثاني: لا يملكه.

قال أبو إسحاق: ظاهر حديث: «الناس شركاء في ثلاثة: الماء، والنار، والكلأ»(١) ولأن لمكري الدار الانتفاع بمائها، ولو كان ملكًا للمكتري لما جاز له التصرف فيه، هكذا ذكر الرَّافِعِي هذا الوجه، وظاهر كلامه أنه الوجه القائل بأن الماء لا يملك مطلقًا، لكن الرُّويَانِي قال: ومن أصحابنا من قال: لا يملكه حتى يتناوله بدليل الانتفاع المكتري، واختاره أبو إسحاق، والصحيح المنصوص الأول. قال: ويجري الخلاف في كل ما ينبع في ملكه من النفط والمومياء والملح، والمنصوص أنه يملكه، وقال أبو إسحاق: لا يملكه.

قال: وأما القنوات المستخرجة بخراسان فقرارها مملوك والماء تابع في السقي وغيره، وهل هو مملوك على هذا الخلاف، ولا يجوز بيع الماء وحده؛ لأنه مجهول، وإن قدر بيوم أو ليلة أيضًا للجهل بمقداره، وإن باعه مع القرار أما جميعه أو مبهمًا معلومًا صح وإن اكترى المكان لتكون أحق بالماء جاز، وهذا كله على المذهب الصحيح، انتهى.

قال: (**وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لَا لَا يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ**) أي: على الصحيح لما سيأتي، وحاجته ما يكفيه وماشيته وزرعه وشجره، فإن احتاجه من ذلك لم يلزمه بذله كما قاله: الْمَاوَرْدِي، ونقله في «البحر» عن أصحابنا مطلقًا، وهذا في غير حال الضرورة كما سبق، وإن كان محتاجًا إليه في باقي الحال، ولا

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٣٦٤، رقم ٢٣١٣٢)، وأبو داود (٣/ ٢٧٨، رقم ٣٤٧٧)، والبيهقي (٦/ ١٥٠، رقم ١١٦١٤). وابن أبي شيبة (٥/ ٧، رقم ٢٣١٩٤) وابن ماجه (٢/ ٨٢٦، رقم ٢٤٧٢). قال البوصيري (٣/ ٨٠): هذا إسناد ضعيف. والطبراني (١١/ ٨٠، رقم ١١١٠٥)، والديلمي (٤/ ١٩٣، رقم ٦٥٩٥).

وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

يحتاج إليه في الحال لزمه بذله لا يستخلف، انتهى.

وهذا ظاهر إذا كان ما يستخلف يكفي لماء نظرًا أما لو كان سير أو يحتاج أن يجمعه للحال الثاني فلا على قولنا: أنه يملكه إلا عند ضرورة ذو الروح المحترمة أو حاجته كما سيأتي.

قال: (**وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ**) لقوله ﷺ: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ»(١) متفق عليه، وإنما خالف البهائم الزرع بحرمة الروح بدليل وجوب سقيها بخلاف الزرع، والثاني: لا بعموم: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْه»(٢) وكما لا يلزمه إعادة الدلو والرِّشَاءُ(٣) وبذل أحرزه من إنائه وحوضه، والحديث محمول على الاستحباب. قال ابن خزيمة: واختاره الإمام، ونسبه إلى القاضي الحسين والمحققين، وموضع الوجهين ما لم يخف هلاكها، فإن خِيف وجب بلا خلاف. واعلم أن الشيخ أطلق الوجوب وله شروط حكاها الرَّافِعِي عن الْمَاوَرْدِي، ونقلها الرُّويَانِي عن أصحابنا مطلقًا:

أحدها: أن يكون فاضلًا عن حاجاته كما تقدم.

وثانيها: ألا يجد رب الماشية ماءً مباحًا، ووقع في كتاب الرَّافِعِي: كلأً مباحًا، وهو سبق قلم، قال الرُّويَانِي: فإن كان هناك ماءان مملوكان لرجلين

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٤، رقم ١٤٢٧)، وعبد الرزاق (٨/ ١٠٥، رقم ١٤٤٩٤)، والبخاري (٢/ ٨٣٠، رقم ٢٢٢٦)، ومسلم (٣/ ١١٩٨، رقم ١٥٦٦)، وأبو داود (٣/ ٢٧٧، رقم ٣٤٧٣)، والترمذي (٣/ ٥٧٢، رقم ١٢٧٢) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٨٢٨، رقم ٢٤٧٨) وأحمد (٢/ ٢٤٤، رقم ٧٣٢٠)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٠٧، رقم ٥٧٧٤)، وابن الجارود (١/ ١٥٣، رقم ٥٩٦)، وابن حبان (١١/ ٣٢٩، رقم ٤٩٥٤)، وأبو يعلى (١١/ ١٣١، رقم ٦٢٥٧)، وأبو عوانة (٣/ ٣٥٠، رقم ٥٢٥٦).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٣ رقم ١٥٥٢٧) والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ١٧١)، والبيهقي (٦/ ٩٧، رقم ١١٣٠٥) وعبد الله بن أحمد في زوائده (٥/ ١١٣ رقم ٢١١١٩)، قال الهيثمي (٤/ ١٧١): رواه أحمد وابنه من زياداته أيضًا والطبراني في الكبير والأوسط ورجال أحمد ثقات. والروياني (٢/ ٤٥٥، رقم ١٤٧٥).

(٣) هو الحبل وجمعه أَرْشِيَةٌ.

وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِي عُرْضِ النَّهْرِ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، ....

تعلق لزوم البذل بكل منهما، وإلى أيهما قصدت المواشي يلزمه التمكين منه، فإن كان الماء لواحد لزمه بذل الفضل منهما، فإن ابتعث واحد الفضلين لزمه بذله، والخيار في بذل أي الفضلين إليه إلا أن يكون ما يبذله بعيدًا من الكلأ، وسيضر الماشية بعدولها إليه، فيلزمه بذل الأقرب.

وثالثها: ألا تكون بقرب الماء كلأ مباح فرعاه المواشي، فإن لم يكن يجب، كذا جزم به الْمَاوَرْدِي والروياني، وقيل: فيه وجهان.

قال الرُّويَانِي: لو كان هناك كلأ لكن لا تحتاجه الماشية لكونها معلوفة فوجهان: أحدهما: لا يلزمه بذل فضل مائه لها؛ لأنه لا يفضي إلى المنع من الكلأ، والثاني: يلزمه؛ لأن له العدول عن العلوفة إلى الكلأ.

ورابعها: ألا يكون عليه في وصول الماشية إلى مائه ضرر بزرع ولا شجر، فإن استضر لم يلزمه التمكين، وقيل: لأربابها إن أمكنهم سوق الماء إليها بلا ضرر يلحقه أو نقله لزمه تمكينهم، وإلا فلا.

وخامسها: أن يكون الفاضل لم يجزه في إناء أو حوض، فإن فعل لم يلزم، ثم المراد بالبذل التخلية بين الماشية والبئر حيث لا ضرر بزرع ونحوه، فلا يلزمه التمكين من منافعه كالحبل والدلو والبكرة، ويجب بذل الماء للرعاة على الأصح كالماشية وأولى، ويجب البذل لعابري السبيل ومواشهم، وكذا لمريدي الإقامة على الأصح، وإذا أوجبت بذل الفضل أوجبنا مجانًا على الأصح، ونقله الرُّويَانِي عن أصحابنا مطلقًا، ومقابله عن بعض العلماء، وإذا لم نوجب البذل وملكناه الماء فله بيعه بقدرٍ مكيل أو وزن دون الماشية والزرع، قاله: الْمَاوَرْدِي، ولا يجوز بيعه في البئر جزافًا، هكذا أطلق، وهو في اليانعة، وأما غيرها فينبغي أنه إذا علم عمقه وسعته أن يجوز بعد رؤيته كبيع الحمل في الْمُحَمَّلَةُ وغيره مما في وعاءه.

قال: (**وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِي عُرْضِ النَّهْرِ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ**) إذ بذلك يصل كل إلى حقه، ويجوز

وَلَهُمْ الْقِسْمَةُ مُهَايَأَةً].

تساوي الثقب مع تفاوت الحقوق إلا أن صاحب الثلث، بأخذ نصيبه، والآخر نصيبين، ولو كان لزيد العشر ولعمرو الخمس ولبكر الباقي في حقل فيه عشر ثقب متساوية لزيد واحدة ولعمرو ثلثان والباقي لبكر، وهذا عند ضيق الماء، فإن الشح بحيث يحصل لكل منهم فوق حاجته بلا حاجة إلى ذلك؛ إذ هذا في غير المملوكة لمالك، أما تلك فينبغي ألا يجوز لأحد أن يأخذ منها فوق ما يستحقه إلا بإذنٍ معتبر.

فرع: قال في «البحر»: وإذا أراد واحد قسمة الماء بالأجزاء على قدر الحصص أجبر الباقون على ذلك، فيسقم على خشبة على أفواه السواقي التي يجري الماء بأرض كل منهم أو بحفر فيها لكل واحد بمقدار حقه، وينبغي أن تكون الخشبة مستوية الطرفين والوسط توضع على موضع مستوٍ من الأرض، ويجعل لكل واحد منها كوة، ولو كانت الضياع عشرة، خمسة منها مجاورة للنهر، وخمسة بعيدة، قسم النهر قسمين يجعل خمسة لأصحاب الضياع القريبة، وخمسة يجري فيها الماء إلى النهر، فإذا وصل إلى الضياع البعيدة قسم بينهما، انتهى.

قال: **(وَلَهُمْ الْقِسْمَةُ مُهَايَأَةً)** أي: تسقي هذا يومًا مثلًا وهذا يومًا، كالمهايأة في المنافع، وقد يكون الماء قليلًا لا ينتفع به إلا كذلك، وقيل: لا تصح القسمة بالمهايأة؛ لأن الماء يقل ويكثر، وتختلف مدة السقي بالأيام، فعلى المذهب لا يلزمه المهايأة، ولكل منهما الرجوع، وقيل: يلزم ليبقى كل واحد بالانتفاع، ولو قيل: يلزم حيث لا ينتفع، ولكل منهما بالرجوع بالماء لقلته، إلا أنه لم يبعد فعلى الأول لو رجع بعدما استقر في نوبته وقبل أن يستوفي شريكه ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر في المدة التي أجر فيها الماء كان لمثلها أجرة.

فرع: قال في «البحر»: لو قال أحدهم: أخذ حقي من الماء قبل موقع القسمة يكون له؛ لأن حريم البناء منه مشترك بينهم، فلم يكن له أن يهتكه ويتصرف فيه.

....

فرع: قال في «زيادات الروضة»: لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي منه أرضًا ليس لها شرب من هذا النهر منع؛ لأنه يجعل منها لم يكن، انتهى.

وقال صاحب «الكافي»: ولو كان لواحد منهم ضيعة شربها من نهر آخر فأراد أن يسقيها بنصيبه من ماء هذا النهر فله ذلك على الأصح.

وقال في «البحر»: إذا تقررت القسمة بينهم ولكل واحد منهم أن يسقي ضيعته بمائه، فإن ملك إلى جنبها ضيعة أخرى باديًا أو غيره، وأراد أن يسقيها بحقه من هذا الماء.

قال بعض أصحابنا: يمنع من ذلك، وهذا اختيار أبي حامد قال -يعني: أبو حامد: كما لو كانت له دار في درب لا ينفذ، واشترى دارًا في درب آخر طريقها منه ثم أراد أن ينفذها إلى الدار الأخرى لم يكن له ذلك، وهذا ومسألتنا سواء؛ لأن هناك يريد أن يجعل لنفسه استطراد ما لم يكن له، وهاهنا يريد أن يجعل له سقيًا لم يكن، فيصير دليلًا على أن لها سقيًا منه عند طول العهد، ويستحق القسم لها.

قال الرُّويَانِي: وهذا وجه جيد ولكن بعض أصحابنا جوز في الدار هذا الاستطراق، وقال: في الأرض مثله.

وقال بعض أصحابنا: في الاستطراق وجه، ولا وجه هاهنا، والفرق أن في الدار الاستطراق منها إلى الدرب بل منها إلى الأخرى، ومن الأخرى إلى الدرب، وهاهنا يحمل الماء على الساقية إليها فيصير لها رسم في الشرب، وهكذا لو كانت شرب بدولاب من هذا الشرب ثم أراد أن يسوق الماء منه إلى أرض أخرى لم يكن له إلا أن يكون للأرض الأخرى شرب من هذا النهر؛ فيكون له حينئذٍ، وإن كان الشرب في نهر غير مملوك، فأراد أن ينقل إلى أرض أخرى ينبغي أن يجوز إذا لم يضيق الماء، فإن ضاق قدم الأسبق على ما مضى بيانه، هذا لفظه، وقد اشتمل كلامه على نقل طريقين في فرع «الروضة».

....

واقتضى قياس الفرق المذكور أنه لو ساق الماء أولًا إلى أرضه المستحقة للشرب ثم نقله منها إلى الأرض الأخرى أن يكون الحكم كما في الدارين، وفيه نظر! وإن وافقه قول «الروضة» وسوق كل واحد نصيبه في ساقيته إلى الأرض، وله أن يدير رحى بما صار له ولا سبق أحدهم ساقية قبل القسم، ولا ينصب عليه رحا، انتهى.

وفيما ذكره آخر في غير النهر المملوك نظر لما سبق، وقد لا يضيق الآن ويضيق فيما بعد، فيتبين له على طول الأمد شرب فيه لا أصل له، والله أعلم.

فرع: قالا: في النهر المشترك القرار وعمارة هذا النهر وسقيه يقوم بها الشركاء بحسب الملك، وهل على كل واحد عمارة الموضع المسفل عن أرضه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع ابن الصباغ؛ لأن المنفعة فيها للباقين، والثاني: نعم، وهو الأصح عند العبادي لاشتراكهم وانتفاعهم به، انتهى.

وفي «الكافي»: أن الأول مذهبنا خلاف لأبي يوسف ومحمد.

وقال في «البحر»: إذا أرادوا لريها ففي الأول المؤنة على الكل، فإذا جاوز الأول كانت المؤنة على الباقين دونه، وإذا جاوز الثاني كان الباقين، وعلى هذا وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يشتركون في جميع المؤنة إلى آخرها؛ لأن الأول ينتفع بجميعه في أوله سقي أرضه، وفي الباقي نصيب مائه، وهذا غلط؛ لأنه ينتفع بالماء الذي في موضع شربه، وأما ما بعده فيختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركه فيه، انتهى.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو تنازع شركاء النهر في قدر أنصبائهم فيجعل على قدر الأراضي؛ لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك أو بالتسوية؛ لأنه في أيديهم، فيه وجهان، وبالأول قال الإصطخري، زاد المصنف: وهو أصحها، وفيه وقفة، وكان الخلاف فيما إذا لم يعلم كيف.

....

إشارة: وفي «البحر»: أن اشتراكهم فيه على قدر نفقاتهم، فإن استووا فيها فالملك بينهم بالتسوية، وإن تفاضلوا فيها كان الملك بحسبها.

قال الإصطخري: يكون بينهم على قدر ما دخلوا، واشترطوا أن يكون بينهم، فإن دخلوا على أنه بينهم على السواء، وانفضوا على السواء كان بينهم سواء، وإن دخلوا على أن يكون بينهم على التفاضل، وانفضوا كذلك كان على التفاضل، ولا تأثير لهذا الشرط عندي إذا كان المرجع إلى النفقة، انتهى، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة والعصمة.

فهرس المحتويات